

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LES

POUVOIRS DU CONSEIL D'ADMINISTRATION

DE

LA SOCIÉTÉ ANONYME

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le vendredi 7 juin 1912, à 3 heures

PAR

Georges DROIN

Président : M. THALLER, professeur.

Suffragants : $\left. \begin{array}{l} \text{MM. LYON-CAEN, professeur.} \\ \text{PERCEROU, agrégé.} \end{array} \right\}$

PARIS

ÉMILE LAROSE, LIBRAIRE-ÉDITEUR

11, Rue Victor Cousin, 11

—
1912



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551418_0055

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses ; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LES
POUVOIRS DU CONSEIL D'ADMINISTRATION

DE
LA SOCIÉTÉ ANONYME

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le vendredi 7 juin 1912, à 3 heures

PAR

Georges DROIN

Président : M. THALLER, professeur.

Suffragants : $\left\{ \begin{array}{l} \text{MM. LYON-CAEN, professeur.} \\ \text{PERCEROU, agrégé.} \end{array} \right.$



PARIS

ÉMILE LAROSE, LIBRAIRE-ÉDITEUR

11, Rue Victor Cousin, 11

1912

LES
POUVOIRS DU CONSEIL D'ADMINISTRATION
DE
LA SOCIÉTÉ ANONYME

INTRODUCTION

La Société Anonyme, association de capitaux issue des transformations de la vie économique moderne, ne peut avoir le même fonctionnement que les sociétés dans lesquelles l'élément personnel est prépondérant.

Dans les Sociétés en nom collectif ou en commandite, c'est aux associés indéfiniment responsables qu'il appartient de diriger les affaires sociales ; mais, dans la Société Anonyme, la multiplicité du nombre des associés est un obstacle insurmontable à ce que la gestion de l'entreprise soit assurée par tous les propriétaires de l'actif social. On ne concevrait pas, d'autre part, qu'un associé plutôt qu'un autre puisse

revendiquer le droit d'accomplir seul tous les actes sociaux.

C'est pourquoi le Code de commerce, auquel la Société Anonyme doit une existence régulière, contenait à l'article 31 une disposition suivant laquelle l'administration était confiée à des mandataires à temps, révocables, associés ou non associés, salariés ou gratuits. Les détails relatifs à la nomination et aux pouvoirs de ces mandataires étaient réglés dans les statuts de chaque Société qui devaient être approuvés par le gouvernement dans la forme prescrite par les règlements d'administration publique (C. com., art. 37 ; Instr. min., 22 oct. 1817 et 11 juil. 1818).

La loi du 23 mai 1863, qui créait une catégorie de sociétés anonymes affranchies de la tutelle gouvernementale, devait réglementer plus complètement l'administration de ces sociétés dont les statuts n'avaient plus à être soumis à l'approbation du gouvernement. Aussi cette loi emprunta-t-elle à celle du 17 juillet 1856 diverses règles relatives aux sociétés en commandite par actions.

La matière est réglementée aujourd'hui par les articles 22 et suivants de la loi du 24 juillet 1867. Il résulte des travaux préparatoires de cette loi et de l'examen de son texte que le législateur a voulu confier aux administrateurs l'exercice de tous les actes de gestion de la Société anonyme. Il peut y avoir un seul ou plusieurs administrateurs. En établissant

cette règle, les auteurs de la loi ont vraisemblablement supposé qu'un seul administrateur serait suffisant pour les petites sociétés, tandis que les plus importantes avaient besoin de plusieurs dirigeants, soit, pour assurer le fonctionnement de services différents, soit en cas d'établissements ayant des succursales, pour permettre de placer un administrateur distinct à la tête de chacune d'elles (1).

Mais l'usage a introduit des règles différentes. Les sociétés ayant un seul administrateur sont aujourd'hui l'infime minorité, et, pour toutes les autres, il est établi, contrairement à ce qui a lieu pour les gérants des sociétés en commandite, que les administrateurs n'ont aucun pouvoir personnel. Tous les actes de gestion de la Société ne sont valables que s'ils ont été décidés au cours d'une délibération du Conseil d'administration. La jurisprudence a consacré cette règle (2).

Il résulte, à notre avis, de cette manière de procéder, les conséquences les plus fâcheuses.

Si, en effet, la délibération est le fait de plusieurs, l'action est le fait d'un seul. Les administrateurs, dans l'impossibilité de se réunir en permanence, sont également dans l'impossibilité d'assurer tous les détails de la direction. Ils doivent, dans ces condi-

1. Voir P. Pont. *Sociétés civiles et commerciales*, n° 1599.

2. Voir ci-après page 99.

tions, déléguer leurs pouvoirs à l'un d'entre eux ou à un tiers étranger au Conseil d'administration, ce dernier se contentant d'un rôle de surveillance tout différent de celui que la loi lui attribue. Ce rôle de simple surveillance, qui existe en fait dans nombre de sociétés, est le régime auquel sont soumises, en vertu de l'acte social, les Compagnies d'assurances qui sont en général gérées par un Directeur dont les attributions sont fixées par les statuts et dont la nomination est réservée à l'assemblée générale des actionnaires.

Nous ne nous proposons pas de nous étendre sur ces questions qui ont été, d'ailleurs, très clairement exposées dans un ouvrage récent de M. Maureil-Deschamps (1).

Mais, s'il existe des différences entre les règles posées par la législation positive et la situation vers laquelle tendent de plus en plus les Sociétés anonymes, par suite des modifications introduites par les statuts, il n'en est pas moins vrai que la plupart de ces établissements s'en tiennent, avec plus ou moins de gêne, sans doute, au principe légal complété et déformé même par la jurisprudence. Dans certains cas, les statuts particuliers apportent des modifica-

1. Maureil-Deschamps. *De la situation respective du Conseil d'administration et du Directeur dans la Société anonyme*. Thèse, Paris 1909.

tions à la règle générale, mais sur des points spéciaux et qui diffèrent pour chaque Société. C'est pourquoi, envisageant cette situation, nous avons estimé que l'étude de l'administration de la Société anonyme ne pouvait présenter un véritable intérêt qu'en s'inspirant étroitement des principes de la législation, sans se perdre dans des modalités spéciales résultant de statuts particuliers.

Estimant, d'autre part, qu'il est logique d'étudier la gestion de la Société anonyme en se plaçant au double point de vue des rapports des mandataires avec les mandants et de la Société vis-à-vis des co-contractants et des tiers, nous nous proposons d'examiner les questions relatives aux pouvoirs du Conseil d'administration en suivant le plan exposé ci-après.

Le Conseil d'administration a, tout d'abord, des pouvoirs de gestion interne, si l'on peut s'exprimer ainsi. Dans cet ordre d'idée nous constaterons que les administrateurs ont qualité notamment pour convoquer les assemblées d'actionnaires et pour assurer la tenue de certains registres de délibérations.

D'autre part, et c'est la partie la plus importante de ses attributions, le Conseil d'administration représente la Société vis-à-vis des co-contractants et des tiers. Il accomplit seul tous les actes ordinaires d'administration et est le mandataire légal de la Société en justice.

Mais il est certains actes qui ne peuvent rentrer

dans la catégorie des actes d'administration. Il en est ainsi notamment en matière d'emprunt, d'hypothèque, de transaction. Nous verrons que, dans ces cas, le Conseil d'administration n'a qualité pour traiter au nom de la Société que s'il y a été autorisé au préalable par l'assemblée générale des actionnaires.

Les pouvoirs du Conseil d'administration ainsi dégagés, nous examinerons le cas de délégation de ces pouvoirs à un administrateur ou à un directeur et les actes que peut accomplir ce mandataire en vertu de ladite délégation.

Nous considérerons dans toute cette partie, comme d'ailleurs dans tout le cours de notre travail, la Société anonyme comme définitivement constituée, laissant notamment en dehors de notre examen la validité des actes accomplis par le Conseil d'administration d'une société à laquelle l'existence légale serait ensuite refusée rétroactivement.

Ayant examiné les pouvoirs du Conseil d'administration eu égard aux actes à accomplir, il conviendra de considérer l'étendue de ses pouvoirs en se plaçant au point de vue des personnes avec lesquelles les contrats sont passés. Sous ce rapport, les restrictions à la capacité du Conseil d'administration de traiter au nom de la Société anonyme découlent de la règle de l'article 40 de la loi de 1867. Aux termes de cet article en effet, « il est interdit à tout « administrateur de prendre ou conserver un intérêt

« direct ou indirect dans une entreprise ou dans un
« marché fait avec la Société ou pour son compte, à
« moins qu'il n'y soit autorisé par l'assemblée générale. »

Les pouvoirs du Conseil d'administration étant ainsi déterminés, il y aura lieu d'examiner les conditions de forme nécessaires pour que les actes accomplis par les administrateurs dans la limite de leurs pouvoirs soient opposables à la Société. Nous faisons remarquer plus haut, en effet, la difficulté pour un corps délibérant, d'amener la gestion d'une entreprise commerciale. Pour cette raison, dans la pratique, bien des actes sont accomplis sans que les conditions de forme soient satisfaites. Les co-contractants ont donc le plus grand intérêt à s'assurer de l'accomplissement des formalités afin que la Société ne puisse se soustraire, en invoquant ce motif, à l'exécution de traités devenus désavantageux pour elle.

Nous passerons donc rapidement en revue les règles relatives au recrutement, à la nomination, à la démission, à la révocabilité des administrateurs. Nous aurons ainsi les éléments nécessaires pour dégager la forme dans laquelle les décisions du Conseil d'administration doivent être prises pour obliger la Société. Ces points établis, nous rechercherons au moyen de quelles pièces les tiers pourront vérifier si toutes les formalités dont il s'agit ont été observées.

Les règles de la loi française ainsi exposées, il sera

utile et intéressant d'examiner les solutions de quelques législations types des autres pays. L'Allemagne notamment, l'Italie et l'Angleterre possèdent des lois assez récentes dans lesquelles il est tenu compte, à divers degrés, des données de l'expérience.

En France aussi, d'ailleurs, différents projets ont été présentés ayant pour but d'adapter la législation aux exigences modernes. Nous examinerons, au point de vue qui nous intéresse, les plus originaux de ceux-ci, comme le projet de loi voté par le Sénat et les propositions de MM. Colin (1) et Nouel (2).

Cette étude terminée, notre conclusion se dégagera d'elle-même du contraste entre la législation actuelle avec ses défauts, les législations des autres pays et les réformes proposées pour modifier la loi du 24 juillet 1867.

En résumé notre travail comportera les quatre parties suivantes :

Première Partie. — *Attributions du Conseil d'Administration.*

CHAPITRE PREMIER. — Actes accomplis par le Conseil d'administration dans ses rapports avec les actionnaires.

CHAPITRE II. — De l'étendue du mandat du Conseil d'administration.

1. Maurice Colin. *Des mesures à prendre pour défendre l'épargne dans les Sociétés par actions* Paris 1911.

2. René Nouel. *Les Sociétés par actions. La Réforme.* Paris 1911.

Deuxième Partie. — *Des restrictions à l'étendue des pouvoirs des administrateurs résultant de la qualité des co-contractants.*

Troisième Partie. — *Conditions de forme nécessaires pour la validité des actes émanant du Conseil d'administration.*

Quatrième Partie. — *Législation comparée et projets de réforme de la loi française.*

CONCLUSION.

PREMIÈRE PARTIE

ATTRIBUTIONS DU CONSEIL D'ADMINISTRATION

La loi de 1867 a confié la gestion des Sociétés anonymes à des administrateurs qu'elle qualifie de mandataires. Le Code de commerce avait d'ailleurs employé le même terme aux articles 31 et 32. C'est donc en se référant à cette indication qu'il est possible de déterminer, si les parties ne s'en sont pas expliqué plus clairement, la nature des actes que le Conseil d'administration peut accomplir au nom de la Société.

Le Conseil d'administration, en cette qualité de mandataire général des actionnaires pour la gestion des fonds affectés par ceux-ci à l'entreprise sociale, est donc l'intermédiaire entre les associés, d'une part, et les tiers ou les personnes qui contractent avec la Société, d'autre part. Dans ces conditions, il est possible d'établir, dès l'abord, la distinction suivante dans les attributions des administrateurs ;

1° Actes résultant des rapports des mandants et des mandataires ;

2° Actes accomplis par les mandataires en exécution de leur mandat.

CHAPITRE PREMIER

Actes accomplis par le Conseil d'Administration dans ses rapports avec les actionnaires

Les attributions du Conseil d'administration se rattachant aux rapports de celui-ci avec les actionnaires sont beaucoup moins importantes que celles qui ont trait à la marche même de la Société. Il faut d'abord, en effet, s'efforcer d'atteindre le but poursuivi avant de rendre compte des actes accomplis.

Néanmoins, par suite du caractère de la Société anonyme et du souci très légitime qu'a eu le législateur de sauvegarder les intérêts des actionnaires incapables de participer à la direction de l'entreprise, les obligations qui incombent de ce chef aux administrateurs sont nombreuses, et la plupart d'entre elles sont indiquées avec soin dans la loi.

Pour plus de clarté, nous examinerons cette partie des attributions du Conseil d'administration en étudiant autant que possible les actes qui s'y rattachent dans l'ordre dans lequel ils sont effectués entre deux assemblées générales annuelles.

L'article 34 de la loi de 1867 exige tout d'abord

qu'il soit dressé chaque semestre un état sommaire de la situation active et passive de la Société.

Cet état n'est qu'une indication. Il permet de suivre la marche des affaires, mais ne peut servir à déterminer le résultat même des opérations. Ce but est atteint par l'inventaire. Celui-ci nécessite un travail très ardu et délicat. Ses auteurs doivent faire preuve dans sa confection aussi bien de capacité professionnelle que d'expérience, de loyauté et de prudence.

L'inventaire (1), obligatoire en vertu de l'article 9 du Code de commerce, est l'évaluation de l'actif et du passif. Il paraît très simple à première vue de déterminer ces deux éléments. S'agit-il des marchandises ? Quoi de plus facile que d'en déduire la valeur d'après leur prix d'achat ou leur prix de revient.

Mais il faut considérer que la valeur des choses est sujette à de constantes fluctuations.

Certaines d'entre elles, en petit nombre, sont susceptibles de présenter des plus-values, comme des terrains ou des immeubles, et il est tout à fait légitime de tenir compte de cette majoration dans un inventaire sincère.

Le matériel, au contraire, se détériore par l'usage. Chaque année il perd de sa valeur et si le commer-

1. Sur cette question de l'inventaire voir particulièrement : Vavasseur. *Traité des Sociétés civiles et commerciales*, t. I, n^{os} 601 et suiv.

çant ne tient pas compte de cette dépréciation en opérant des prélèvements sur ses bénéfices pour y parer, le capital engagé dans l'entreprise s'en trouvera diminué d'autant. Les marchandises peuvent aussi changer de valeur entre l'époque de leur acquisition et celle de l'inventaire.

Les brevets d'invention doivent également figurer chaque année à l'inventaire pour un chiffre de plus en plus bas au fur et à mesure que s'approche le terme de la période pour laquelle ils ont été concédés.

Il existe plusieurs procédés pour parer à la dépréciation des comptes de l'actif.

Le plus simple consiste à faire, lors de chaque inventaire, une évaluation nouvelle; c'est évidemment celui qui peut se rapprocher le plus de la vérité, mais il demande une grande compétence, de la bonne foi et beaucoup de travail. Aussi préfère-t-on souvent, surtout dans les Sociétés anonymes, avoir recours à un procédé d'évaluation automatique. Il consiste à déterminer, lors de l'acquisition du matériel, la durée pendant laquelle il sera possible de l'utiliser, et à établir une échelle d'amortissement basée sur cette durée. Suivant cette méthode on calculera le matériel pour une valeur qui ira en diminuant chaque année de $\frac{1}{10}$, $\frac{1}{20}$ suivant que l'on pense, lors de leur mise en service, que les objets estimés auront une durée de dix ans ou de vingt ans.

Enfin, au lieu d'établir tous les ans, suivant les

procédés indiqués ci-dessus, une estimation différente et plus ou moins exacte, on peut conserver la même évaluation pour toute la durée pendant laquelle le même matériel est utilisé, mais en mettant chaque année en réserve une certaine somme pour servir à son remplacement.

L'établissement de l'inventaire présente encore d'autres difficultés.

On peut se demander quelles conditions doivent être réunies pour passer des articles qui feront ressortir au bilan un bénéfice.

MM. Dalloz (1) estiment que l'on ne peut considérer qu'il y ait bénéfice si le recouvrement n'est pas effectué.

En allant jusqu'au bout de cette manière de voir, on ne pourrait porter à l'inventaire ni le matériel, ni les marchandises, ni les créances puisque, sans être de l'argent liquide, cette partie de l'actif est comprise à l'inventaire pour une certaine somme qui contribuera à faire ressortir un bénéfice. D'après cette méthode on ne pourrait jamais distribuer de dividende pendant tout le cours d'une société. Les bénéfices ne pourraient être partagés, le cas échéant, qu'à la liquidation.

Une telle conception est manifestement exagérée. Certes, il faut se montrer très prudent. Une créance

1. Dalloz, *Répertoire de jurispr.*, v^o *Société*, n^o 1390.

ne doit être comprise pour sa valeur nominale à l'inventaire, que si elle est certainement bonne; la valeur indiquée pour une opération en cours doit être établie avec une grande réserve, surtout s'il s'agit d'une opération d'une durée prolongée. Mais, tout en se montrant très circonspect, il ne faut pas non plus tomber dans l'excès contraire. Si la Société anonyme, dont les bilans doivent être publiés, désire vendre un jour, par exemple, le brevet d'une invention exploitée par elle, ou abandonner à quelque autre le bénéfice d'un marché, d'un contrat, il ne faut pas que la cession devienne plus difficile par suite d'une évaluation trop faible portée à l'inventaire.

Il convient de remarquer d'ailleurs que faire ressortir un bénéfice au bilan, qui est la résultante de l'inventaire, ne signifie pas du tout distribuer un dividende. Il ne suffit pas en effet que la Société ait fait des opérations heureuses pour que le bénéfice qui en résulte soit remis aux actionnaires. Il faut encore qu'il y ait un fonds de roulement suffisant, que l'argent qui sortira de la caisse de la Société sous forme de dividende ne fasse pas défaut pour assurer la bonne marche des affaires. Ainsi une opération peut être évaluée en tout temps à sa juste valeur dans l'inventaire, mais le bénéfice en résultant ne pourra peut-être en être réparti entre les associés qu'après la fin de l'opération.

C'est ainsi que l'on doit comprendre les paroles

de M. le Procureur général Dupin prononcées au cours de son réquisitoire dans l'affaire Mirès (1). « On ne partage pas des espérances, même bien fondées, on ne partage pas une clause, mais des écus. Un dividende avant de sortir de la Caisse de la Société, doit y être entré. »

Un arrêt de Caen du 16 août 1864 (2) décide également que les distributions de dividendes ne doivent être opérées que « lorsque les bénéfices sont réellement acquis, c'est-à-dire actuels. »

Il convient de remarquer enfin que le chiffre du bénéfice peut être influencé non seulement par la façon d'évaluer l'actif mais par la manière d'imputer les dépenses. Supposons, par exemple, une dépense représentant le prix d'achat de matériel. Sera-t-elle comprise dans les frais généraux, c'est-à-dire viendra-t-elle, étant inscrite au débit du compte de profits et pertes, diminuer d'autant les bénéfices de l'année courante, ou au contraire l'imputera-t-on au compte du premier établissement et, par suite, sur le capital social ?

Il est évident que la réponse ne peut comporter que des solutions d'espèce. S'il s'agit d'une dépense importante de matériel nouveau ou supplémentaire, il sera tout à fait régulier de faire jouer le compte de

1. Cass., 25 juin 1862. D. P. 62.1.307.

2. D.P. 65.2.192. Voir aussi et surtout : Paris 22 avril 1870. D. P. 70.2.121.

premier établissement. En cas de remplacement de matériel, au contraire, les frais doivent être supportés par le compte de profits et pertes, à moins toutefois qu'il ait été constitué une réserve spéciale pour parer justement à l'usure du matériel. Ce sera alors évidemment le cas de prélever la dépense sur ce compte.

M. Vavasseur fait remarquer (1) que, particulièrement dans les Compagnies de chemins de fer, une confusion est facile à faire entre les dépenses de premier établissement et celles d'exploitation. « Lorsqu'il s'agit, dit-il, de renouveler du matériel, de travaux de réfection de la voie, on décide généralement que ce sont des dépenses à porter au compte d'exploitation; mais on les distingue des frais de simple entretien dont la déduction donne le produit net; et l'on appelle produit net effectif ce qui reste après le prélèvement de ces dépenses exceptionnelles.

« Si le rétablissement de la voie est dû à une cause purement accidentelle, comme une inondation, il devient plus difficile de déterminer le compte qui supportera cette dépense. En 1866 la Compagnie P.-L.-M. l'a imputée sur le compte d'exploitation, et la Compagnie d'Orléans sur la réserve statutaire. Ce dernier parti doit être approuvé s'il était commandé par l'importance des dégâts occasionnés par le fléau. »

1. *Op. cit.*, n° 612.

Il est particulièrement nécessaire d'insister sur l'importance de l'inventaire dans la Société anonyme. Les grandes escroqueries si désastreuses pour la petite épargne ont eu pour base l'établissement d'inventaires frauduleux.

Il convient enfin de constater que la confection de l'inventaire demande un soin plus grand de la part du Conseil d'administration de la Société anonyme que de la part du gérant ou du Conseil de surveillance de la Société en commandite par actions. Le gérant, en effet, établit son inventaire, mais sous le contrôle du Conseil de surveillance ; celui-ci ne fait que contrôler le travail du gérant. Le Conseil d'administration, par contre, dresse lui-même l'inventaire ; il en est le seul auteur et le présente comme son œuvre personnelle à l'assemblée générale des actionnaires (1). Il est seul à supporter, le cas échéant, la responsabilité de son travail.

Le compte de profits et pertes établi, l'inventaire dressé, le bilan déduit de l'inventaire, le Conseil d'administration est en état de rendre compte de sa gestion. Il doit toutefois soumettre préalablement les comptes au contrôle des commissaires de surveillance.

A cet effet l'article 33 de la loi de 1867 prescrit au Conseil d'administration l'obligation de communiquer aux commissaires, trois mois avant la réunion de

1. Loi de 1867, art. 32.

chaque assemblée générale annuelle, les livres de la Société, ainsi que les actes et documents dont la connaissance est indispensable pour l'examen des opérations sociales.

L'inventaire général, le compte de profits et pertes, le bilan doivent être mis à la disposition des commissaires quarante jours au moins avant la réunion de l'assemblée générale et être, quinze jours avant cette réunion, déposés au siège social avec la liste des actionnaires pour que ceux-ci puissent prendre communication de tous ces documents.

Les actionnaires ont également le droit de se faire délivrer une copie du bilan (art. 35 de la loi de 1867) (1).

La convocation de l'assemblée générale est faite par le Conseil d'administration, chaque année, à la date fixée par les statuts.

Les administrateurs sont tenus de veiller à la composition de ces assemblées.

Après avoir rendu compte de leur mandat pendant l'exercice écoulé et fait connaître de façon exacte et détaillée la situation actuelle de la Société, ils doivent faire procéder aux votes et prendre toutes les mesures nécessaires pour que ceux-ci soient régulièrement

1. Les actionnaires ne peuvent se faire délivrer copie que du bilan. En ce qui concerne les autres pièces, ils peuvent seulement en prendre eux-mêmes copie au siège social. (Trib. de com. de la Seine, 15 janvier 1894). (*Revue des Soc.* 1894, p. 253).

exprimés. Ils ont également l'obligation de faire procéder au remplacement des administrateurs sortants.

Le soin leur incombe aussi de faire publier, dans les conditions prescrites par la loi, les résolutions prises par les assemblées.

Ils réunissent, s'ils le jugent utile, les assemblées extraordinaires qui ont seules qualité pour modifier les statuts. Ils doivent convoquer à ces assemblées tous les actionnaires, quel que soit le nombre de leurs actions (1).

Les administrateurs doivent également convoquer l'assemblée générale des actionnaires en cas de perte des $\frac{3}{4}$ du capital social et provoquer la dissolution de la Société devant les tribunaux si, depuis un an, le nombre des associés est devenu inférieur à 7.

Il est enfin une dernière catégorie d'actes d'administration intérieure, nécessités par le caractère particulier de la Société anonyme, à l'exécution desquels le Conseil d'administration est tenu de procéder, quoique la loi ne les mentionne pas de façon formelle dans ses attributions. Nous voulons parler de la tenue de certains registres.

Le registre des actionnaires contient l'indication des noms, prénoms, professions, domiciles, des différents souscripteurs, l'énonciation des versements faits et à faire sur chaque action ; enfin la mention des transferts quand les actions sont nominatives.

1. Lyon-Caen et Renault. *Traité de Droit commercial*, n° 491.

Le registre des délibérations des assemblées générales comprend, comme son nom l'indique, une analyse des délibérations des assemblées, la mention des décisions prises, des nominations des administrateurs, etc.

Le registre des délibérations du Conseil d'administration relate ce qui se passe aux séances du conseil, les propositions faites, les avis émis, les résolutions prises.

Ces deux derniers registres sont très importants. Ils permettent de suivre les actes accomplis pour la marche des affaires et de justifier aux tiers que ces actes sont valables et engagent la Société.

En outre, le registre des délibérations du Conseil d'administration pourra, le cas échéant, servir à justifier, ou faire condamner les administrateurs appelés en responsabilité devant les tribunaux en raison des actes de leur gestion.

Tel est l'ensemble des attributions des administrateurs se rattachant à l'obligation qui leur incombe de justifier de leurs actes vis-à-vis des actionnaires et des tiers.

Nous avons maintenant à étudier l'étendue des pouvoirs que le mandat, dont ils sont investis, confère aux administrateurs.

CHAPITRE II

De l'étendue du mandat du Conseil d'Administration

§ 1. — DES ACTES QUE LE CONSEIL D'ADMINISTRATION PEUT ACCOMPLIR DE SA PROPRE AUTORITÉ

Principes généraux

Nous avons déjà eu l'occasion de faire remarquer que les pouvoirs du Conseil d'administration sont déterminés par les règles générales du mandat.

Mandataires généraux des associés pour la gestion des affaires sociales, les administrateurs doivent donc pouvoir accomplir tous les actes ordinaires d'administration et rien que ceux-là (C. civ. art. 1988).

Le Code civil prévoit un certain nombre de mandataires généraux et définit même, dans une certaine mesure, leurs attributions. Tels sont les tuteurs, les curateurs, les administrateurs judiciaires.

Mais les administrateurs ne pourraient avoir des pouvoirs aussi restreints que ces mandataires. Ceux-ci sont en effet chargés seulement de la conservation des choses qui leur sont confiées. Les représentants

des actionnaires doivent non seulement conserver intact l'actif social, mais le faire fructifier et l'accroître.

Pour arriver à cette fin, il est nécessaire de faire une utilisation constante du capital, d'effectuer toutes les opérations nombreuses, variées, rapides, qu'exige l'exercice d'un commerce.

Les habitudes commerciales ont donc, dans une certaine mesure, complété, modifié les règles légales.

Nous devons par suite, pour distinguer nettement l'étendue, la limite des pouvoirs du Conseil d'administration, nous inspirer de ces deux principes : en premier lieu le Conseil d'administration n'a que des pouvoirs de gestion, d'administration ; en second lieu les administrateurs devant gérer au mieux l'entreprise d'après le but que se sont proposé les associés dans les statuts sociaux, doivent avoir tous les pouvoirs nécessaires pour cette fin. Les usages commerciaux détermineront généralement les tempéraments que le second principe doit apporter au premier.

Les administrateurs sont, comme les gérants des Sociétés en nom collectif ou en commandite, des mandataires. Le même but est poursuivi par les uns et par les autres. Gérants et administrateurs doivent donc avoir les mêmes pouvoirs. La doctrine est généralement de cet avis. Pourtant, quand on en vient à l'étude détaillée des différents actes susceptibles d'être

accomplis dans la gestion d'une entreprise commerciale, on remarque une certaine tendance à considérer comme plus restreints les pouvoirs des administrateurs des Sociétés anonymes.

« Dans la Société anonyme, dit Vavasseur (1), où les administrateurs sont qualifiés par la loi simples mandataires, la jurisprudence tend à donner moins d'étendue à leurs pouvoirs qu'au gérant statutaire et irrévocable de la Société en commandite ou de la Société civile (2). Mais où est la ligne de démarcation, si elle existe ? Elle n'est écrite nulle part dans la loi, et il est douteux qu'elle soit jamais tracée, d'une manière sûre, par la doctrine ou la jurisprudence. »

La tendance dont il s'agit existe-t-elle seulement pour le gérant statutaire et irrévocable ? Nous ne le pensons pas. Il convient en effet de remarquer que le caractère irrévocable de la fonction ne doit nullement pousser à considérer les pouvoirs y afférents comme plus étendus. Le contraire serait plus logique, puisque la révocabilité peut être considérée comme un frein à l'abus de pouvoirs. D'autre part il ne serait pas exact de considérer le Conseil d'administration comme un organe ayant des fonctions

1. Vavasseur, *op. cit.*, t. II, n° 821.

2. Voir plus loin un exemple de cette tendance au sujet des pouvoirs respectifs des gérants et administrateurs pour transiger ou compromettre.

temporaires. Les administrateurs pris *ut singuli* sont en effet nommés pour une durée qui ne peut excéder six ans et sont révocables *ad nutum*, mais il existe, dans la quasi-unanimité des Sociétés un roulement, par l'effet duquel, malgré des renouvellements partiels annuels, la durée des fonctions du Conseil pris dans son ensemble s'étend sans interruption jusqu'au terme de la Société elle-même.

Aussi faut-il chercher ailleurs, croyons-nous, la tendance constatée dans la doctrine et surtout dans la jurisprudence. Il semble en réalité que l'on veuille considérer le gérant autrement que comme un simple mandataire. Malepeyre et Jourdain (1) disent en effet que le gérant n'est pas un simple mandataire ; qu'il est le représentant légal de la Société qu'il administre comme co-propriétaire, ses intérêts étant essentiellement liés à ceux de ses associés, et qu'il dispose en maître, sous sa garantie personnelle, de tous les objets qui en dépendent.

Ce raisonnement est inexact, un seul propriétaire indivis ne pouvant accomplir aucun acte d'aliénation sans les autres co-propriétaires. Ceux-ci d'ailleurs ne confient la gestion de l'entreprise au gérant qu'à charge d'utiliser les deniers engagés conformément au but défini à l'avance. Il n'y a donc aucune différence avec le Conseil d'administration. Remarquons de plus que

1 P. 55 et 56.

les administrateurs sont, d'après la loi de 1867, co-propriétaires comme un gérant, puisqu'ils doivent posséder un certain nombre d'actions.

Quoi qu'il en soit, nous devons faire toutes réserves sur le danger qu'il y aurait, au point de vue pratique, à assimiler trop complètement les pouvoirs des administrateurs des Sociétés anonymes à ceux des gérants des Sociétés en nom collectif ou en commandite.

Néanmoins, dans la majorité des cas, les actes que peuvent accomplir les uns et les autres sont les mêmes, et nous tiendrons largement compte, quoique avec circonspection, des décisions de justice relatives aux attributions des gérants.

Actes généraux d'administration

Les pouvoirs des administrateurs comprennent tout d'abord tous les actes de gestion intérieure (1) : nomination et révocation des employés et des ouvriers, organisation des services, location des locaux nécessaires pour les besoins des affaires sociales (2), achat, réparations et remplacement de l'outillage, etc.

1. Voir notamment les *traités de Droit com.* de Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 817 ; Thaller, n° 528 ; les *traités sur les Soc. civiles et com.* de Pont, n° 1599 et suiv. ; Houpin, t. II, n° 798 ; Vavasseur, t. I, n° 159 ; t. II, n° 821 ; l'ouvrage de Villard : *Des attributions et de la responsabilité des administrateurs dans les Sociétés anonymes* p. 72 et 73.

2. Il a été jugé pourtant que, si les baux passés par les administrateurs excèdent évidemment les besoins de la Société, ils peuvent

Dans leurs relations commerciales avec les co-contractants ou les tiers, les administrateurs ont qualité pour l'achat des approvisionnements, la conclusion des marchés, les conventions avec les commissionnaires pour écouler la marchandise ou en effectuer le transport, la vente des choses vénales.

Ils peuvent payer, recevoir, louer, régler tous comptes (1). Ils ont également pouvoir pour souscrire, endosser, renouveler les effets négociables pour les besoins de la Société. Ils peuvent émettre des billets à l'encontre de débiteurs, les négocier, accepter des effets tirés sur la Société, etc... (2).

Le Conseil d'administration est même qualifié, d'après une décision du Tribunal de commerce de la Seine (2 janv. 1886. *Revue des Soc.* 1886, p. 173) pour traiter avec une autre société en vue de diminuer, par une administration unique, les frais de gestion supportés isolément par les deux sociétés. Cela se conçoit très bien s'il ne s'agit, comme cela se présentait dans l'espèce, que d'une modalité de la gestion ne modifiant en rien l'objet de la Société.

L'énumération ci-dessus est forcément incomplète. Les administrateurs sont amenés à accomplir, dans le courant de leur gestion nombre d'actes qu'il est impos-

être déclarés non valables vis-à-vis de celle-ci. (Cass., 19 nov. 1838 ; S. 39.1.307).

1. Paris, 12 août 1809.

2. Cass., 3 août 1892. *Journal des Sociétés*, 92, 490.

sible de prévoir lors de la constitution de la Société.

Tel acte, d'ailleurs, qui devra être considéré comme un acte de disposition pour une entreprise ne sera qu'un acte d'administration pour une autre. En un mot, les pouvoirs des administrateurs sont déterminés par la nature même de l'entreprise en vue de laquelle a été fondée la Société.

Pouvoir d'ester en justice

Enfin, à un autre point de vue, les administrateurs représentent valablement la Société pour ester en justice. Ils peuvent former toutes demandes nécessitées par le bon fonctionnement de la Société (1) et défendre à toutes actions intentées contre elle (2) tant en première instance qu'en appel et cassation (3).

La Cour de cassation a décidé (4) que les administrateurs de Sociétés civiles ne peuvent ester en justice, sauf autorisation au moins tacite des associés, pour les actions relatives aux choses dont l'aliénation leur est interdite. Cette restriction ne semble pas s'étendre toutefois aux Sociétés commerciales (5).

1. Lyon, 17 février 1882, *Gaz. du Palais*, 81.82.2.209.

2. Cass., 28 janv. 1891 (D. 91.1.339); 15 janv. 1896, *Jour.de. Soc.* 96-157.

3. Il a été jugé que le moyen tiré du défaut de pouvoir des administrateurs d'une société pour intenter une action ne peut être proposé pour la première fois devant la Cour de cassation (*Pandectes françaises*, V^o administrateur de société anonyme, n^o 217).

4. Arrêt du 14 février 1859 (D. 59.1.113).

5. Troplong, *Traité des Sociétés*, n^o 691, Bordeaux, 9 janvier 1826. Vavasseur, *op. cit.*, p. 81.

P. Pont estime pourtant qu'à défaut d'une autorisation spéciale et préalable de l'assemblée générale, les administrateurs n'auraient pas pouvoir d'intenter un procès ou de défendre à une action si un droit immobilier de la Société se trouvait engagé. On ne voit pas très bien, d'ailleurs, ainsi que le fait remarquer le savant auteur lui-même, « l'intérêt qu'il y a au point de vue du succès de l'affaire, à demander l'intervention de l'assemblée générale quand il s'agit de soutenir en justice ou d'y défendre les droits, même immobiliers, de la Société ».

Les actes de la procédure doivent mentionner les noms des administrateurs et la raison sociale (1). La jurisprudence estime toutefois que l'assignation est valablement donnée, au nom de la Société, à la requête de son Conseil d'administration sans qu'il soit nécessaire d'y faire figurer les noms de tous les administrateurs (Cass., 28 février 1894. *Journ. des Soc.*, 96, 157; Paris, 6 février 1897. *Rev. des Soc.*, 97, 467. Houpin, t. II, n° 800).

Il a été jugé également que la règle « Nul en France ne plaide par procureur » ne peut faire obstacle à ce que la Société soit valablement représentée par le Conseil d'administration, mandataire des associés (Douai, 17 décembre 1842; D. P. 43.2.84; Douai, 11 juillet 1882; D. P. 83.2.153; Cass., 22 janv. 1894. *Rev. des Soc.* 1894, p. 117).

1. Vavasseur, *op. cit.*, p. 81.

Si la Société est valablement représentée en justice par ses administrateurs dans les questions relatives aux affaires sociales, il n'en est plus de même évidemment s'il s'agit de la défense des intérêts sociaux contre les administrateurs eux-mêmes.

L'article 31 du Code de commerce devient alors applicable et chaque actionnaire a, dans ce cas, un droit personnel qu'il peut exercer à ses risques et périls devant la juridiction civile ou criminelle.

Les administrateurs peuvent-ils transiger ou compromettre ? P. Pont (1) estime que le gérant de la Société en nom collectif ou en commandite peut transiger ou compromettre pour les choses dont il a la disposition. Il ne saurait donc le faire s'il s'agit d'immeubles. Certains auteurs (2) ne font même pas cette distinction et estiment que le gérant a pouvoir général pour transiger sur tous les litiges intéressant la Société. Or, le droit de transiger ou compromettre est généralement refusé aux administrateurs (3) comme ayant des pouvoirs moins étendus que ceux des gérants.

Cette différence, en l'espèce, est-elle justifiée ? Il ne nous semble pas.

Les administrateurs, croyons-nous, devraient avoir

1. *Op. cit.*, n° 1360.

2. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. II, n° 259 ; Duvergier. *De la Société*, n° 30.

3. Pothier. *Du contrat de Société*, n° 68 ; Delangle. n° 150, Cass., 8 août 1825. Cass., 1^{er} août 1834, S. 34.1.794.

pouvoir de transiger et compromettre pour toutes les choses dont ils ont la disposition (1). Supposons, en effet, un litige s'élevant au sujet d'un marché. Peut-on admettre que le Conseil d'administration qui a conclu ce marché dans la limite de ses pouvoirs, qui est responsable de ses conséquences, ne puisse transiger ou compromettre à son endroit quand non seulement l'intérêt de la Société, mais encore l'intérêt personnel des administrateurs est en jeu ? La faculté de transiger et compromettre pour les affaires ordinaires de la Société doit être l'attribut obligatoire de ceux qui ont reçu mission d'atteindre au but que se sont proposé tous les associés.

La question se pose de façon différente quand la transaction et le compromis sont relatifs, par exemple, à des immeubles sociaux dont les administrateurs doivent user au mieux des intérêts de tous, mais sans qu'il leur soit permis de les aliéner, les distraire de la destination à laquelle ils sont affectés. Or, celui qui transige ou compromet doit avoir les pouvoirs visés ci-dessus. Tout en estimant, comme nous l'avons dit plus haut, que le Conseil d'administration puisse ester en justice relativement aux immeubles sociaux, il est très possible d'avoir une opinion contraire en ce qui concerne la transaction et le compromis appliqués aux mêmes objets. Dans le premier cas, en effet,

1. Cf. Pont, *op. cit.*, n° 1632.

la décision est réservée aux juges, tandis que dans le second, il y a contrat établi par les parties.

§ 2. — ACTES QUI EXCÈDENT LES POUVOIRS DU CONSEIL D'ADMINISTRATION.

Les administrateurs ayant leurs attributions limitées aux actes de gestion, ne peuvent accomplir de leur propre autorité des actes de disposition. Quand ils ont à effectuer un acte de cette nature, ils doivent être spécialement habilités à cet effet.

Parmi les actes de disposition figurent en première ligne les emprunts.

La question de savoir si les administrateurs ont qualité pour emprunter au nom de la Société a été vivement discutée. L'opinion dominante de la doctrine et de la jurisprudence paraît être toutefois que, dans le silence des statuts, tout emprunt, quel qu'en soit le chiffre, excède les pouvoirs normaux du Conseil (1).

1. En ce sens: Houpin, *op. cit.*, t. II, n° 800 ; Rousseau, *Questions nouvelles sur les Sociétés com.*, t. I, n° 2211 ; Delangle, *op. cit.*, n° 140 ; Duvergier, *op. cit.*, n° 314 ; Cass., 22 janv. 1867. S. 67.1.124 ; D. P., 67.1.168 ; Douai, 13 mai 1844 ; D. P., 45.2.10 ; Bordeaux, 6 août 1853, D. P., 54.2.14. L'exposé de l'arrêt de Cassation du 22 janv. 1867 est particulièrement significatif au point de vue de la thèse adoptée par la jurisprudence.

L'espèce était la suivante (D. P., 67.1.168).

Le sieur d'Ocagne avait fait au sieur Perron directeur de la *Caisse des Assurances agricoles*, à l'occasion de la fondation du *Moniteur*

Toutefois, l'opinion diamétralement opposée a été

Rural, un prêt de 40 000 francs, qui fut réglé en 4 billets, et suivi de l'ouverture d'un compte courant au profit du prêteur, avec l'assentiment du Conseil d'administration de la Société. La caisse, actionnée en remboursement de cette somme conjointement avec le sieur Perron qui avait cessé d'être son directeur, refusa de payer sur le motif que le sieur Perron n'était pas autorisé à emprunter pour le compte de la Société, et que d'ailleurs, la Société n'avait pas profité de la somme prêtée non inscrite, en effet, sur les livres sociaux.

Le 28 octobre 1863, jugement du Tribunal civil de la Seine qui condamne la Caisse au paiement de la somme réclamée.

Sur l'appel de la Caisse, arrêt confirmatif de la Cour de Paris du 27 février 1864.

Pourvoi de la Caisse, pour violation des articles 1989 et 1998, C. civ. La Cour rendit alors l'arrêt suivant :

La Cour

Attendu que la Société opposait à cette demande (de d'Ocagne) que Perron, simple délégué du Conseil d'administration, n'avait pu être investi, par cette délégation, de pouvoirs plus étendus que ceux que le Conseil avait reçus lui-même des statuts sociaux approuvés par décret impérial et insérés au *Bulletin des lois* ; que ces statuts ne reconnaissant comme valables que les emprunts proposés par le Conseil d'administration à l'assemblée générale des actionnaires, approuvés par celle-ci et signés par deux administrateurs, la Société ne pouvait être tenue de l'engagement pris par Perron en dehors de ces conditions ;

Attendu que, dans cet état de la contestation, le juge avait à rechercher si le Conseil d'administration qui, aux termes de l'article 31 du Code de Commerce, était un mandataire de la société avait le pouvoir d'emprunter pour celle-ci par lui-même ou par un délégué ;

Attendu que l'arrêt attaqué a pu induire, sans doute, des faits qu'il constate, que Perron avait été autorisé plus ou moins directement par le Conseil d'administration à contracter l'emprunt dont il s'agit, mais que, pour en conclure, que muni de cette autorisation, Perron

soutenue et certains auteurs estiment que, dans tous les cas, l'administrateur peut emprunter (1).

avait pu engager la Société, ledit arrêt devait déclarer que le Conseil d'administration avait lui-même les pouvoirs nécessaires pour contracter ou autoriser l'emprunt au nom de cette société; qu'en gardant le silence sur ce point et en condamnant néanmoins la Société à tenir les engagements pris par Perron, il a méconnu les règles du mandat et violé les articles ci-dessus visés ;

Casse.

L'arrêt de la Cour d'Alger du 18 mai 1863 (D. P., 1863.5.353) n'est pas moins explicite que l'arrêt précédent. Voici les principaux attendus :

Considérant que si le Conseil général d'une société en est le représentant légal et en exerce tous les droits, ce n'est toutefois qu'autant qu'il reste dans les limites des statuts qui régissent la Société dont il est le délégué; que ces statuts déterminent le mandat du Conseil général, et qu'il est de principe, en matière de délégation et de mandat, que tout acte accompli en dehors des pouvoirs conférés est radicalement nul et ne saurait produire aucun effet ;

Que cela découle de la nature même des choses ; que l'on ne saurait facilement admettre qu'une société se dépouille de tous les droits qui sont inhérents à son existence, que le fait seul qu'il existe des statuts emporte aussi preuve qu'il y a restriction et par conséquent absence de mandat général et absolu ; qu'il s'agit donc de rechercher si les mesures qui font l'objet de la délibération du 4 février 1862 rentrent dans les pouvoirs qui, par les statuts, ont été accordés au Conseil général ; ... (suivent les motifs établissant que les statuts sociaux ne conféraient pas ces pouvoirs au conseil) :

Par ces motifs déclare que la délibération du 4 février 1862, par laquelle le Conseil général de la Société l' « Algérie » a voté la création de 1.500 obligations de 100 francs l'une, au capital de 150.000 francs portant intérêt à 10 %, est nulle et de nul effet et valeur ; ce faisant prononce par voie de conséquence la nullité des titres constituant lesdites obligations

1. En ce sens, Alauzet, *Commentaire du Code de Commerce*, 3^e éd., n° 198.

Un troisième système enfin a été proposé (1). Il consiste à faire une distinction. Certains emprunts effectués par le Conseil d'administration en vertu de sa propre autorité seraient valables s'ils étaient nécessités par les besoins de l'entreprise. Les conditions et les circonstances de l'opération seraient appréciées souverainement par le juge, qui prendrait en considération la situation de la Société, les nécessités du moment, l'époque du remboursement et l'importance de l'emprunt.

Une société commerciale en effet peut avoir besoin d'emprunter pour les besoins courants de son commerce. Supposons que, à un moment donné, malgré la prospérité des affaires, et peut-être même à cause de celle-ci, le chiffre des immobilisations devienne trop considérable, et qu'il y ait insuffisance du fonds de roulement. Un emprunt, consistant par exemple en une ouverture de crédit, s'impose. En arrivera-t-on à suspendre les paiements, c'est-à-dire à faire déclarer la faillite, faute d'effectuer cette opération ? Cette hypothèse semble exagérée, et pourtant elle pourrait parfaitement se produire si le Conseil d'administration, ne pouvant conclure seul, était forcé d'obtenir l'autorisation préalable d'une assemblée générale d'actionnaires dont la convocation nécessite des délais assez longs.

1. Voir Villard, *op. cit.*, t. II, n° 684.

Est-il certain d'ailleurs, que, se trouvant en présence d'une opération conclue dans ces conditions, la jurisprudence se montrerait si intransigeante et ne tiendrait pas compte des circonstances de fait ? La jurisprudence, dit-on généralement, refuse absolument aux administrateurs le droit d'emprunter. Certes, dans la plupart des décisions citées, ce principe est proclamé ; mais il convient de remarquer que, dans tous les cas, l'emprunt conclu n'était pas nécessité par les besoins pressants de la Société.

La Cour de cassation a eu, le 18 juin 1872 (1), à examiner la validité d'emprunts par voie de crédits et de reports, à courte échéance, contractés, pour les besoins de la Société et en raison d'un grand mouvement d'affaires, par le gérant d'une société en commandite par action. L'arrêt dont il s'agit a décidé qu'il appartenait dans tous les cas aux juges du fond, de déclarer, par une interprétation souveraine des statuts sociaux, que la clause, portant que les emprunts doivent être autorisés par l'assemblée générale des actionnaires, n'interdisait pas au gérant de se procurer des fonds dans ces conditions.

D'autre part un arrêt d'Amiens, du 16 février 1901 (2), déclare bien qu'un emprunt fait par l'associé d'une société en nom collectif ne saurait engager la Société, mais parce qu'il était spécifié dans le contrat

1. S. 73.1.19 ; D. P., 72.1.268.

2. La Loi, 13 juin 1901.

que cet emprunt avait pour but de donner de l'extension aux opérations sociales, et qu'il ne s'agissait pas d'une somme modique ayant seulement pour but de faciliter le fonctionnement normal de l'entreprise.

Si l'on refuse aux administrateurs le pouvoir d'emprunter, à plus forte raison ne peut-on leur concéder celui d'aliéner les immeubles sociaux.

Cette aliénation en effet, outre qu'elle est un acte de disposition, a généralement pour résultat, dans le cas qui nous occupe, de modifier les conditions dans lesquelles l'exploitation commerciale est faite.

Le Conseil d'administration qui ne peut accomplir que des actes de gestion ne pourra donc vendre un immeuble appartenant à la Société qu'après y avoir été autorisé par l'assemblée générale des actionnaires.

L'aliénation des immeubles peut pourtant être effectuée par le Conseil d'administration seul quand il s'agit d'une Société immobilière. Mais alors cette Société est civile et non commerciale.

Le Conseil d'administration n'a pas non plus pouvoir pour hypothéquer.

L'hypothèque ne peut être consentie en effet que par le propriétaire. « Le constituant doit d'abord, dit Guillouard (1), être propriétaire de l'immeuble sur lequel l'hypothèque est établie. C'est la solution de la loi romaine et celle de notre ancien droit. . . .

.

1, Guillouard, *Traité des Privilèges et Hypothèques*, n° 936.

« Si les textes du Code ne consacrent pas expressément le même principe, il résulte virtuellement des articles 2124 et 2129, et il ne pourrait en être autrement : le créancier hypothécaire ayant le droit de saisir et de faire vendre l'immeuble affecté à sa créance, ce droit ne peut lui être conféré que par celui qui est propriétaire de l'immeuble ou du droit immobilier qui va devenir un gage. »

Mais l'hypothèque, consentie irrégulièrement par le Conseil d'administration, sera-t-elle valable néanmoins si elle est ratifiée postérieurement par une décision de l'assemblée générale ? Il s'agit de savoir, pour répondre à cette question, si l'hypothèque consentie *a non domino* est nulle de nullité relative ou de nullité absolue. Les avis sont partagés à ce sujet. En doctrine, l'opinion dominante penche pour la nullité absolue (1). M. Guillouard pourtant soutient très énergiquement le principe de la nullité relative (2). La jurisprudence estime qu'il s'agit d'une nullité absolue (3). Il devrait en résulter qu'une délibération de l'assemblée générale des actionnaires devrait être impuissante à rendre valable une hypothèque consen-

1. Voir spécialement en ce sens : Pont : *Privilèges et Hypothèques*, t. II, n° 625 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes. *Traité des Priv. et Hyp.*, t. II, nos 1304 et 1305.

2. Guillouard, *op. cit.*, n° 937.

3. Voir notamment Cass. 24 mai 1892, S. 91.1.289. Montpellier 10 février 1896, S. 96.11.128.

tie par le Conseil d'administration non muni de pouvoirs spéciaux à cet effet. C'est pourtant le contraire qui est admis par la doctrine et la jurisprudence (1).

Le Conseil d'administration aurait-il pouvoir pour conclure un contrat comportant constitution d'hypothèque au profit de la Société ? Ce n'est pas douteux si le prêt motivant l'hypothèque avait été consenti valablement, c'est-à-dire s'il rentrait dans le champ d'action de la Société déterminé par les statuts.

Dans le cas contraire, le prêt enlevant de leur destination une partie des fonds sociaux devrait être considéré comme accompli par des mandataires ayant excédé leurs pouvoirs et par suite annulé. L'hypothèque, conséquence subsidiaire du prêt, devrait aussi être annulée. Pourtant, il est évident que cette garantie ne pourrait être supprimée qu'après remboursement du débiteur.

Examinons maintenant si le Conseil d'administration aurait qualité pour consentir à la radiation d'une inscription hypothécaire prise au profit de la Société. Si la radiation est la conséquence d'un paiement intégral ou si cette radiation est consentie seulement à concurrence d'un remboursement partiel, il ne saurait y avoir de doute. Il s'agit là d'un simple acte

1. Fuzier-Herman, *Répertoire de Jurisp.*, V^e *Société commerciale.*, n^o 4214; Paris : Syndicat des Sucreries de Sermaize, 5 juil. 1877. S. 77.2.295. D. P., 77.2.168.

d'administration de la compétence du Conseil d'administration. Il en serait de même si la radiation définitive, quoique sans paiement intégral, était consentie au profit de l'adjudicataire après vente régulière de l'immeuble grevé.

La solution pourrait être différente en cas de radiation définitive ou partielle sans paiement correspondant. Cette radiation devrait être considérée comme étant la conséquence d'une transaction ou d'un compromis. Elle ne serait donc régulière que si le conseil pouvait valablement disposer de l'objet de la transaction ou du compromis. Il pourrait en être ainsi s'il s'agissait, par exemple, d'un prêt effectué au moyen de fonds provenant d'une réserve légale ou statutaire.

A ce point de vue spécial, en effet, cette solution s'impose. Le Conseil d'administration est seul qualifié pour administrer les fonds des réserves. Il peut les employer en valeurs de toutes sortes, vendre ces valeurs, les remplacer par d'autres ; il n'excéderait pas ses pouvoirs en les affectant à des prêts hypothécaires, ce qui est contraire à la règle exposée plus haut en matière de fonds sociaux. Rien ne s'oppose donc, puisqu'il n'existe aucune limite à la constitution d'hypothèque dans ces conditions, à ce qu'aucune restriction soit admise au pouvoir du Conseil d'administration de consentir à la radiation partielle ou totale des mêmes hypothèques. Les administra-

teurs sont seulement astreints au remploi des sommes devenues libres.

Le Conseil d'administration pourrait-il donner valablement en gage des objets mobiliers appartenant à la Société ? Comme en matière d'hypothèque, le nantissement ne peut être consenti que par le propriétaire, car le créancier étant investi d'un droit réel sur l'objet nanti peut le faire vendre si la dette n'est pas remboursée à l'échéance.

Dans ces conditions on doit, à notre avis, avoir recours à la distinction que nous avons faite à différentes reprises. Si l'objet donné en gage peut être aliéné par le conseil rien ne s'oppose à ce que celui-ci le remette en gage. Dans le cas contraire, le nantissement serait nul.

Ainsi le Conseil d'administration ne pourrait affecter l'achalandage à la garantie d'un emprunt, ou consentir un nantissement sur le fonds de commerce social.

Par contre il pourrait valablement donner en gage, par le moyen des warrants, les marchandises faisant l'objet du commerce ou de l'industrie de la Société (1).

C'est là, remarquons-le, un point tout à fait inté-

1. Il a été jugé que le Président du Conseil d'administration peut consentir valablement un nantissement en exécution d'une délégation spéciale à lui conférée par le Conseil d'administration. (Trib. civ. de la Seine. *Gaz. Palais*, 84-1, supp., p. 89).

ressant. Voilà des administrateurs qui ne peuvent, de leur propre autorité, emprunter la somme la plus modique sur nantissement du fonds de commerce social et qui pourront se procurer des sommes considérables en affectant en garantie les marchandises objet du commerce de la Société. N'y-a-t-il pas là une anomalie ? Nullement.

Le créancier nanti sur le fonds de commerce acquiert un privilège et peut provoquer la vente de ce fonds. Le nantissement constitue donc un acte par l'effet duquel le capital pourra un jour être détourné de sa destination résultant des statuts. Rien de plus normal donc que le nantissement doive être autorisé par les actionnaires.

La question est toute différente s'il s'agit d'emprunter sur les marchandises par le moyen des warrants. Les administrateurs ont en effet tous pouvoirs pour vendre ces marchandises. C'est même là la partie la plus importante de leurs attributions. Supposons maintenant que ces marchandises destinées à être vendues ne puissent être écoulées pour une cause quelconque. Et il existe de nombreuses causes de mévente : c'est le marchand de tissus qui, à la suite d'une bonne saison sur un article, en a fabriqué de grandes quantités pour l'année suivante alors que, dans l'intervalle, la mode a changé ; c'est le fabricant de parapluies qui en a un stock en magasin tandis que le ciel se montre particulièrement clément.

Parfois même, en temps de crise, le marché entier est dans le marasme et la surproduction est générale. Pourtant il faut payer les matières premières transformées en objets manufacturés et ceux-ci n'ayant pas été vendus il n'y a rien en caisse pour faire face aux échéances. Il est indispensable alors d'emprunter sur ces marchandises qu'il est impossible de vendre momentanément. Qui donc aura qualité pour le faire ? Le Conseil d'administration. Il le peut parce qu'il a le pouvoir de vendre ces marchandises sur lesquelles il faut emprunter, et en outre, parce que, en consentant ce nantissement, il ne fait qu'assurer la marche normale de la Société dont l'existence est compromise par suite du manque de fonds de roulement.

Il est généralement admis que l'autorisation donnée par les statuts au Conseil d'administration d'accomplir un des actes cités ci-dessus excédant ses attributions, ne lui donnerait pas pouvoir, par analogie, d'accomplir les autres.

C'est ainsi que le conseil qui a dans ses attributions le pouvoir d'emprunter ne peut hypothéquer (1), pas plus qu'emprunter s'il a qualité pour hypothéquer.

Il ne pourrait également aliéner les immeubles sociaux, s'il n'a pouvoir que pour les hypothéquer.

1. Trib. de Com. de la Seine, 2 janv. 1886. *Journal du Trib. de Com.*, 1887, n° 138.

Serait-il pourtant qualifié pour les hypothéquer s'il peut aliéner ? Oui, pensons-nous, si ce dernier pouvoir a été conféré de façon générale dans les statuts sociaux ; mais le conseil ne pourrait hypothéquer un immeuble qu'il aurait spécialement reçu mission de vendre.

Signalons enfin, quoiqu'il ne s'agisse pas en ce cas à proprement parler des pouvoirs du Conseil d'administration, qu'il est interdit à celui-ci de procéder au rachat des propres actions de la Société.

D'une part, en effet, vis-à-vis des actionnaires le conseil n'est pas qualifié pour accomplir un acte qui modifie une des bases fondamentales du contrat de société par suite de la réduction du capital qui en est la conséquence.

D'autre part, c'est là le point le plus important, cette réduction clandestine de capital est illicite et peut être critiquée par les personnes qui contractent avec la Société pour diminution du gage que constitue pour elles le capital social.

Il ne s'agit donc plus seulement d'un excès de pouvoir, mais d'un véritable dol.

Nous n'avons pas à examiner ici les diverses questions relatives au rachat par la Société de ses propres actions. Il existe d'ailleurs de nombreux ouvrages sur ce sujet (1).

1. Citons notamment Bange. *Du rachat par une Société de ses propres actions* ; Lyon-Caen, note sous Caen 11 mai 1880 (S. 82.2.

Il convient de remarquer pourtant que le rachat d'actions pourrait être valablement effectué par les administrateurs à titre d'emploi des fonds provenant des réserves ou de bénéfices non distribués. On peut craindre toutefois qu'une telle opération n'ait pour but non avoué de soutenir les cours ou de provoquer des hausses factices. C'est évidemment un procédé très critiquable qui n'est malheureusement que trop souvent employé dans la pratique. Il serait peut-être à désirer que le législateur établisse à ce sujet une prohibition spéciale.

§ 3. — DE LA DÉLÉGATION DES POUVOIRS DES ADMINISTRATEURS.

Le deuxième alinéa de l'article 22 de la loi de 1867 dispose que « ces mandataires (les administrateurs) peuvent choisir parmi eux un directeur, ou, si les statuts le permettent, se substituer un mandataire étranger à la Société et dont ils sont responsables envers elle ». Cette rédaction a soulevé de nombreuses questions. On peut se demander tout d'abord comment on doit entendre ce texte. Le législateur a-t-il voulu seulement autoriser la collectivité des administrateurs réunis en conseil, ou un administrateur

121) ; Labbé, note sous Cass., 27 juin 1887 (S, 88.1.49; D. P., 88.1.489) ; Cass., 13 mai 1896. Articles de Houpin. *Journal des Sociétés*, 1895 ; p. 97. Vavasseur. *Rev. des Soc.* 1887, p. 359.

particulier investi d'une fonction spéciale, à se substituer un délégué ou un subdélégué ? ce texte a-t-il, au contraire, une portée plus large et permet-il aux administrateurs de se faire remplacer, si les statuts le permettent, dans l'exercice entier de leurs fonctions par une tierce personne étrangère à la Société ?

MM. Lyon-Caen et Renault (1) et M. de Courcy (2) pensent que l'article 22 s'étend à cette dernière hypothèse.

«... Ainsi, dit M. de Courcy, il pourra être permis aux administrateurs élus de désertir leur mandat, d'aller habiter la province ou l'Amérique, en se substituant un étranger, ou en se donnant un remplaçant... Cette faculté pourra être individuelle aussi bien que collective ; le texte ne fait aucune distinction. Un administrateur en voyage ou indisposé, ou tout simplement qui sera parti pour la chasse, n'aura, s'il ne veut pas perdre ses jetons de présence, qu'à envoyer siéger au conseil en sa place son secrétaire..... Les conseils seront toujours au complet, seulement, l'été, pendant les bains de mer, il arrivera qu'ils ne seront composés que de doublures... »

On peut être étonné que le législateur ait envisagé l'idée, non pas d'autoriser un acte semblable, — il n'a pas été jusque-là — mais de prévoir que des sta-

1. *Op. cit.*, t. II, n° 838.

2. *Les Soc. anonymes*, p. 36 et suiv.

tuts pourraient contenir une clause aussi étrange et de considérer celle-ci comme régulière.

Vainement objecterait-on à cela que la loi, malgré l'opinion de nombreux membres du Parlement d'alors, ne permet pas de choisir les administrateurs parmi des personnes étrangères à la Société et que la délégation personnelle est comme un correctif à cette règle puisqu'elle permet d'introduire dans le Conseil un individu dont les aptitudes spéciales pourront être utiles à la Société.

Cette hypothèse est peu vraisemblable, car il n'est pas nécessaire pour arriver à ce résultat d'obliger un administrateur, dont l'avis ne peut être considéré comme négligeable, à déléguer ses pouvoirs et à s'abstenir de siéger, alors que le but poursuivi pourrait être atteint aussi bien, en entendant au Conseil, à titre consultatif, la personne compétente étrangère à la société.

Aussi de nombreux auteurs estiment-ils actuellement que l'article 22 ne s'applique pas à la substitution des fonctions mêmes de l'administrateur.

« Un administrateur, dit M. Vavasseur (1), ne pourrait pas se faire remplacer par un tiers aux délibérations du Conseil, et une prohibition formelle est même inscrite à cet égard dans beaucoup de statuts sociaux; mais la prohibition est de droit et comme

1. *Op. cit.*, t. 2, n° 814.

telle, **surabondante** ; si les administrateurs, considérés dans leur ensemble, à l'état de Conseil d'administration, ont le droit de déléguer leurs pouvoirs, il n'en est pas de même à l'égard de chacun d'eux en particulier ; si le mandat collectif est jusqu'à un certain point transmissible, le mandat individuel ne l'est pas, et la raison de cette différence s'aperçoit aisément : la transmission du premier mandat n'est jamais qu'imparfaite, puisque le mandant ne se dessaisit pas de l'autorité ou du contrôle sur les actes de ses délégués, tandis que le mandat individuel ne serait autre chose qu'un abandon de la fonction. On ne concevrait pas mieux l'introduction d'un étranger au sein d'un Conseil d'administration que le vote par procuration dans l'assemblée des représentants d'une nation. »

M. Thaller émet la même opinion en ces termes (1) :

« Un administrateur ne peut désigner un tiers qui le remplacerait au Conseil d'administration. Chacun d'eux a été désigné par l'assemblée à raison de sa clairvoyance personnelle, et des moyens qu'il a d'éclairer les autres. Cette faculté ne se délègue point. »

Ces arguments nous paraissent décisifs, et nous estimons avec les savants auteurs cités, que l'article 22 n'a pas le sens large que l'on avait cru tout d'abord devoir lui donner.

1. *Traité Élémentaire de Droit com.*, n° 654.

*Délégation des pouvoirs
du Conseil d'administration*

On peut concevoir deux sortes de délégations des pouvoirs du Conseil d'administration : une délégation totale de ses fonctions et une délégation partielle.

Occupons-nous tout d'abord de la délégation totale.

Nous venons de voir plus haut que le mandat confié aux administrateurs doit être considéré comme personnel et intransmissible. Ils ont été choisis en effet par leurs co-associés pour leur honorabilité, leur capacité et ont reçu d'eux mission de gérer pendant un certain temps les fonds sociaux. Dans ces conditions, une délégation générale des pouvoirs du Conseil d'administration équivaldrait en fait à un abandon des fonctions des administrateurs et serait tout aussi condamnable que la délégation personnelle. Cette transmission de pouvoirs constituerait un véritable abus de pouvoirs.

C'est pourquoi, de l'avis général, le conseil d'administration n'a pas qualité, dans le silence des statuts, pour déléguer l'ensemble de ses fonctions soit à un directeur étranger à la société, soit à un administrateur, soit à un comité d'exécution.

«... Une telle délégation, dit Vavasseur (1), ne serait pas valable ; les tiers pourraient la méconnaître en

1. Vavasseur, *op. cit.*, t. II, n° 805.

refusant de traiter avec les prétendus délégués ; les commissaires de surveillance pourraient convoquer l'assemblée générale pour lui dénoncer le fait, et celle-ci révoquer tout à la fois les délégants et les délégués...

« La responsabilité du conseil serait en pareil cas largement engagée, et il y aurait lieu de lui imputer, non plus seulement celle de ses fautes personnelles, mais la responsabilité absolue infligée par l'article 1994 du Code civil au mandataire qui s'est substitué un tiers sans y être formellement autorisé. Le fait des administrateurs est même plus grave que celui de ce mandataire qui du moins était, à ses risques et périls, implicitement autorisé par la loi à faire la substitution puisque cette autorisation implicite ne pourrait être invoquée par les administrateurs dont le mandat est personnel. La responsabilité s'étendrait donc jusqu'à l'insolvabilité future des délégués, et à toutes les fautes commises par eux, alors même que les administrateurs justifieraient d'un contrôle réel sur leurs actes. »

Au cas même où les statuts autoriseraient cette délégation totale, le Conseil d'administration ne devrait pas se considérer comme complètement dessaisi de ses fonctions ni comme dégagé de toute responsabilité. En effet, malgré la faculté de délégation qui leur est donnée, il n'en est pas moins vrai que les administrateurs ont été choisis et nommés par les

actionnaires, que ceux-ci doivent compter sur leurs mandataires pendant la durée de leurs fonctions. Les administrateurs restent tenus de se réunir fréquemment, de délibérer. Ils ont remis des actions de la société en garantie de leur gestion : ce dépôt serait-il illusoire ? La loi ordonne ce cautionnement, les statuts en fixent le montant ; ne serait-il pas illogique de déclarer qu'après avoir établi une garantie à leur égard, les associés donneraient à leurs mandataires, par le même acte, le moyen de se soustraire, en fait, à cette garantie ?

Les administrateurs, après la délégation totale de leurs pouvoirs, conservent donc sans aucun doute un pouvoir de surveillance analogue à celui exercé par le conseil de surveillance dans les sociétés en commandite par actions. Ils ont même plus encore, car, nommés pour diriger la société, ils ne peuvent se soustraire entièrement à leur devoir (1). Ils conservent vis-à-vis de leurs substitués l'autorité que leur confère leur situation de mandant qui peut toujours révoquer les pouvoirs transmis.

1. Le directeur ou administrateur délégué ne peut d'ailleurs accomplir, en vertu de la délégation totale des pouvoirs du conseil, que des actes de pure administration. Il ne pourrait donc emprunter, aliéner ou hypothéquer les immeubles sociaux sans une délégation spéciale du Conseil d'administration, en supposant d'ailleurs que le conseil soit autorisé lui-même par les statuts à accomplir seul ces actes. Nancy, 22 déc. 1842. D. P., 43.2.53.)

Il a été jugé en ce sens « qu'en usant de la faculté concédée par les statuts de déléguer leurs pouvoirs à un comité de direction, les administrateurs ne conservent pas moins leur mandat et restent soumis aux devoirs qui y sont inhérents ; qu'en conséquence, ils sont responsables des opérations antistatutaires et de la ruine de la société qui en est résultée, sans pouvoir alléguer qu'ils les ont ignorées, cette ignorance constituant une faute lourde à leur charge » (1).

La responsabilité du conseil d'administration ne serait pas d'ailleurs la seule garantie des actionnaires. Le mandataire substitué serait responsable vis-à-vis

1. Paris, 18 juillet 1895. Vavasseur, *op. cit.*, n° 803 et *Rev. des Soc.*, 1895, p. 545. En cas de directeur statutaire, nommé directement par l'assemblée générale des actionnaires, le Conseil d'administration, bien que conservant la haute direction des affaires sociales, ne pourrait être considéré comme responsable des actes de ce directeur, qui n'est pas son mandataire. — En ce sens : arrêt de Cass. du 11 juillet 1870 (S. 70, 1.365). (*Pandectes franç.*, V^e administrateur de Société anonyme, n° 294.)

« Considérant, dit la Cour de cassation, que la Société d'Essoigné, organisée en société anonyme par ordonnance royale du 4 août 1839, avait à sa tête un Conseil d'administration et un directeur gérant, que le directeur gérant était nommé par l'assemblée générale, et ne pouvait être révoqué que par elle ; que toute la gestion qui lui était dévolue, sous l'autorité supérieure et la direction d'ensemble des affaires sociales du Conseil d'administration constituait cependant un pouvoir particulier de gestion qui était une délégation directe de l'assemblée ; qu'en pareil cas, la responsabilité du Conseil d'administration ne saurait être engagée par les actes du directeur général qui n'est pas leur préposé propre... »

d'eux de ses fautes et des actes commis par lui en violation de l'article 1383 du Code civil. Les actionnaires pourraient intenter soit l'action directe de l'article 1994 du Code civil, soit l'action paulienne de l'article 1166.

Si la délégation totale des pouvoirs du Conseil d'administration est très critiquable, il n'en est pas de même de la substitution partielle. Celle-ci est même indispensable pour traiter avec les tiers, puisque les administrateurs ne peuvent siéger en permanence et se trouver partout à la fois et en nombre suffisant pour prendre des décisions.

Généralement les affaires courantes sont expédiées par un ou plusieurs administrateurs délégués qui se partagent alors les services. La haute direction doit rester entre les mains du Conseil d'administration qui se tient au courant de la gestion de chacun de ses délégués et se réserve la solution des affaires les plus délicates. Il peut également nommer des délégués spéciaux pour traiter certaines affaires, pour suivre une instance judiciaire, etc.

En ce qui concerne les responsabilités, il est évident que, comme pour la délégation totale, le Conseil d'administration est responsable des fautes de ses substitués avec pouvoirs partiels. Ceux-ci sont également responsables vis-à-vis des actionnaires des fautes commises dans leur gestion, à moins qu'ils n'établissent avoir simplement exécuté les ordres du

Conseil d'administration, auquel cas la responsabilité de celui-ci serait seule engagée.

Il est rappelé enfin que le 2^e alinéa de l'article 22 n'autorise le conseil à déléguer ses pouvoirs à une personne étrangère à la société que s'il y est formellement autorisé par les statuts. Remarquons qu'il est peu intéressant d'établir une distinction entre les associés et les personnes étrangères à la société puisque, dans la pratique, la qualité d'associé peut s'obtenir par la possession d'une seule action.

Un délégué du Conseil d'administration peut-il subdéléguer à son tour ses attributions? On peut répondre, pour soutenir la négative, que l'article 22 de la loi de 1867 n'autorise pas, malgré ses termes généraux, cette subdélégation.

Il faudrait donc, pour que celle-ci soit permise, une disposition spéciale des statuts.

Pour l'affirmative on peut invoquer l'article 1994 du Code civil d'après lequel la délégation est de droit commun.

On peut remarquer enfin que la subdélégation partielle ne constitue le plus souvent pour l'administrateur délégué que l'exercice même de sa délégation, étant donné qu'il ne peut accomplir personnellement tous les actes de sa fonction.

Considérons la subdélégation comme admise en principe. En résulterait-il que la société pourrait être valablement représentée en justice par le subdélégué

du Conseil d'administration ? Il ne faut pas oublier en effet qu'il est de règle que « nul en France ne plaide par procureur ». Quelle est la portée de cette maxime ? Est-elle d'ordre public, ce qui amènerait à n'autoriser aucune extension aux dérogations inscrites dans la loi ?

Nous avons vu que le Conseil d'administration ou son administrateur délégué spécialement dans ce but pouvaient représenter valablement la société en justice. Ce dernier peut-il habilitier à son tour à cet effet un subdélégué ?

Cette question a été portée à plusieurs reprises devant les tribunaux et a fait l'objet de décisions contradictoires. Il a été jugé d'une part en effet que le mandat conféré par l'administrateur délégué à un tiers n'a pu, quels qu'en soient les termes, donner pouvoir à celui-ci d'agir en justice au nom de la société comme pouvait le faire son mandant (1).

Il a été décidé, d'autre part, en sens contraire, que la règle « nul en France ne plaide par procureur » n'est pas applicable aux sociétés commerciales (2).

Nous venons de passer en revue les actes que peut accomplir le Conseil d'administration et ceux qui excèdent ses pouvoirs. Nous avons étudié les questions relatives à la délégation de ces pouvoirs, au

1. Cass., 22 mai 1896 (D. P. 97.1.30). Trib. Arcis-sur-Aube, 31 janvier 1895 (D. P. 95.2.519).

2. Rouen, 27 mars 1895 (S. 98.2.185).

moyen de laquelle les administrateurs parviennent, dans la pratique, à exercer leur mandat. Pourtant les développements antérieurs ne font pas mention d'un cas très important dans lequel les pouvoirs des administrateurs sont singulièrement restreints. Il s'agit de la règle de l'article 40 de la loi de 1867 qui va être exposée ci-après dans la deuxième partie de notre travail.

DEUXIÈME PARTIE

RESTRICTIONS SPÉCIALES A L'ÉTENDUE DES POUVOIRS DES ADMINISTRATEURS ÉDICTÉES PAR L'ARTICLE 40 DE LA LOI DE 1867

Nous avons vu que la gestion des sociétés anonymes est assurée par quelques-uns des associés seulement, les administrateurs, par suite de l'impossibilité où se trouvent les actionnaires de veiller eux-mêmes à la marche de l'entreprise.

Par suite, les dirigeants possèdent en général une trop faible partie du capital social pour avoir le même souci de la prospérité de l'établissement industriel ou commercial que des associés qui gèrent eux-mêmes leur maison de commerce. Les administrateurs ont fréquemment, en dehors de la société qu'ils administrent, des intérêts plus considérables dans d'autres entreprises. Placés entre leur intérêt et leur devoir d'administrateurs, il est à craindre que celui-ci soit sacrifié. Bien plus, on peut concevoir que certaines personnes recherchent des fonctions d'administrateurs uniquement pour servir leurs intérêts personnels au détriment de ceux de la société.

Certes il est possible, en cette occurrence, de poursuivre en responsabilité l'administrateur indélicat, mais d'abord faut-il établir la fraude, puis le délinquant ne sera peut-être pas solvable, et enfin la sanction sera probablement trop tardive et n'interviendra qu'après la faillite de la société.

Il est donc indispensable de prévenir l'effet fâcheux de l'opposition possible d'intérêts entre l'administrateur et la société qu'il dirige. Le législateur s'y est appliqué en même temps qu'il assurait la liberté de constitution des sociétés anonymes.

L'article 23 de la loi du 23 mai 1863 défendait aux administrateurs de faire une *opération quelconque* avec la société à moins d'y être autorisés, pour chaque opération spécialement déterminée, par l'assemblée générale.

C'était évidemment dépasser le but à atteindre.

Il est nécessaire, en effet, avant d'établir une semblable prohibition, d'examiner les circonstances de fait. Or, par exemple, les actionnaires d'une banque organisée en société anonyme ne choisiront pas pour diriger leur entreprise des fonctionnaires ou des ingénieurs, mais ils s'efforceront, autant que possible, de trouver des banquiers et parmi ceux-ci des personnes qui gèreront de façon satisfaisante des entreprises analogues.

D'autre part, une banque a forcément de nombreux rapports commerciaux avec les entreprises similaires.

On peut citer comme exemple les opérations journalières d'escompte. Est-il logique de proscrire ces actes entre la société et les autres banques gérées par ses administrateurs ? C'était le résultat auquel était arrivée la loi de 1863, car la réserve de l'autorisation par l'assemblée générale était illusoire étant donné la difficulté de la convoquer.

Ce que nous venons de dire des banques peut s'appliquer aussi bien à tous les autres établissements industriels et commerciaux, de sorte que les sociétés anonymes éprouvèrent de grandes difficultés, sous le régime de cette loi, pour recruter leurs administrateurs.

Une modification à la législation s'imposait sur ce point. C'est ce que comprirent très bien les auteurs de la loi de 1867, ainsi qu'en fait foi l'exposé des motifs de celle-ci (1) :

« On a vu, dit cet exposé des motifs, des sociétés de crédit trouver difficilement des administrateurs parmi ceux qui auraient été les plus capables de les bien diriger, parce que, en présence de la prohibition de faire une *opération quelconque* avec la société, aucun associé n'était disposé à accepter une mission qui l'empêchait de participer aux avantages offerts à tous les autres. La faculté de demander et d'obtenir l'autorisation de l'assemblée générale n'était qu'une ressource inutile : il fallait en effet que l'au-

1. D. P. 1867.4.114, note 3.

torisation fût accordée pour chaque opération spécialement déterminée : or cela était impossible, par exemple, pour des opérations d'escompte pouvant se renouveler chaque jour.

« Ces difficultés signalées à l'attention du gouvernement ont dû être prises en sérieuse considération, et le projet, en maintenant le principe, en fait une application plus modérée. Ce n'est plus sur *chaque opération* que porte la prohibition, c'est seulement sur des *entreprises* ou des *marchés*.

« Les conventions auxquelles s'appliquent ces dénominations ont ordinairement une importance assez grande et leurs effets une durée assez longue, pour qu'il soit prudent de les assujettir à la nécessité de l'autorisation par l'assemblée générale. D'ailleurs, l'autorisation, impossible pour des opérations distinctes et réitérées, peut être facilement obtenue pour des transactions comprenant une série de travaux ou de fournitures, et, par conséquent, embrassant un assez long espace de temps.

« Le second paragraphe de l'article 36 du projet offre un surcroît de garantie, en exigeant qu'il soit rendu chaque année, à l'assemblée générale, un compte spécial de l'exécution des marchés ou des entreprises par elle autorisés. »

En conséquence, les auteurs du projet de loi proposaient au Parlement l'article 36 suivant, devenu l'article 40 de la loi :

« Il est interdit aux administrateurs de prendre ou de conserver un intérêt direct ou indirect dans une entreprise ou dans un marché fait avec la société ou pour son compte, à moins qu'ils n'y soient autorisés par l'assemblée générale.

« Il est, chaque année, rendu à l'assemblée générale un compte spécial de l'exécution des marchés ou entreprises par elle autorisés, aux termes du paragraphe précédent. »

Examinons la portée de cette règle à l'égard tout d'abord de la nature des actes interdits, puis des personnes atteintes par l'incapacité. Après avoir considéré ensuite dans quelles conditions les actes prohibés peuvent être accomplis, nous étudierons enfin pour terminer la sanction de la règle.

Nature des actes interdits

Que faut-il entendre par marchés ou entreprises ? L'exposé des motifs insiste bien, certes, sur *l'importance* et la *durée* des opérations prohibées, mais ces deux attributs ne suffisent pas à déterminer un critérium bien net. Il ne semble pas, d'ailleurs, qu'il soit possible d'en établir un de façon certaine. On ne pourra guère, le plus souvent, croyons-nous, que présenter des solutions d'espèce dans lesquelles la liberté d'appréciation du juge sera très large.

Il semble bien pourtant que, par marchés et entre-

prises, la loi ait entendu désigner une *série* d'opérations faites en exécution d'une *convention* primordiale. Mais il faut encore que ces opérations présentent une certaine importance. C'est ainsi que l'article 40 serait applicable à un traité par lequel une société métallurgique s'engagerait à fournir un certain nombre de locomotives à une Compagnie de chemins de fer. Par contre, les administrateurs n'auraient pas à tenir compte de la prohibition légale en s'engageant à effectuer, suivant un certain tarif, les réparations à faire aux machines vendues par la société (1).

Nous ne pensons pas toutefois, étant donné le but évident du législateur de défendre les opérations importantes et fréquentes, que l'existence d'une convention préalable soit toujours nécessaire pour que l'article 40 soit applicable. Une opération courante et isolée ne pourra jamais, en effet, porter un bien grand préjudice à la société, mais il n'en sera pas de même si cette opération est répétée trop fréquemment.

Supposons, par exemple, un administrateur d'une société industrielle quelconque. Cet administrateur, en dehors de sa fonction est à la tête d'une maison de banque. Il n'y a certes aucun inconvénient à ce qu'il escompte de temps en temps, comme banquier, du papier de la société. Mais qu'il escompte tout son papier voilà où est l'abus ! Car vraisemblablement les

1. En ce sens par analogie : Douai, 2 mars 1899, D. P. 1901.2.366.

billets sont à recouvrer à des dates et dans des lieux différents. Celui-ci qui doit être payé à New-York sera pris à meilleur compte par une banque ayant une succursale dans cette ville. Tel autre à courte échéance portant les signatures exigées par la Banque de France pourra être remis directement à cet établissement. On n'ignore pas en effet que notre Banque Nationale est devenue le grand encaisseur pour la France. Quand une société de crédit prend un billet à l'escompte elle compte presque toujours, en plus du taux demandé, le taux de la Banque de France qui sera chargée du recouvrement, pour les cinq jours qui précèdent la date du paiement.

Donc il n'est pas normal qu'un banquier prenne à l'escompte tout le papier d'une société anonyme dont il est administrateur. On doit estimer qu'il existe là un véritable marché et il y a d'autant plus de raison de soumettre ce marché à l'approbation d'abord, au contrôle ensuite des actionnaires qu'il a un aspect plus suspect.

Remarquons enfin que si notre avis n'est pas partagé les administrateurs indéliçats vont avoir un moyen vraiment trop aisé de tourner la loi ! Reprenons notre exemple de tout à l'heure de locomotives à fournir par un industriel à une compagnie de transports. Cette opération se fait toujours par marché. La compagnie a besoin d'une série de machines de même modèle et traite pour la fourniture entière soit de gré

à gré, soit par adjudication. Mais notre industriel, qui est administrateur de la compagnie de transports et possède dans celle-ci une influence prépondérante, va procéder autrement. S'il fait un marché, il devra demander l'autorisation des actionnaires. Parmi ceux-ci il s'en trouvera peut-être pour faire remarquer les désavantages du marché pour la société. Résultat : le marché ne sera pas accepté et l'influence de l'administrateur sera compromise. Alors un moyen bien simple s'offre pour notre administrateur indélicat : il fera commander les locomotives une par une. Il n'y aura pas marché, le prix de chaque machine commandée isolément pourra être plus élevé et la lettre de la loi sera observée. Tout le monde sera satisfait sauf les actionnaires ! Et remarquons que le fait que nous indiquons se produira justement dans le cas où l'on se trouvera en présence de l'administrateur indélicat que le législateur a voulu mettre dans l'impossibilité de nuire !

Nous avons réservé pour la fin de notre démonstration un exemple tout à fait typique : celui des sociétés mères et de leurs filiales. Un ingénieur trouve un nouveau procédé de traction mécanique. Une société est créée pour l'exploiter. Il faut des clients à cette société, c'est-à-dire des entreprises de transports qui utiliseront un matériel employant le procédé nouveau. Comment faire ? Un moyen très simple s'offre : on cherchera à obtenir dans une ville une

concession de lignes de tramways et on créera une nouvelle société pour l'exploitation. Cette société sera une filiale composée en grande partie des mêmes administrateurs que la société mère. Cette dernière fournira tout son matériel à la filiale sans même qu'il y ait le plus souvent de traité, sauf pourtant peut-être au début pour la fourniture du matériel initial. En fait la société mère ne travaillera qu'avec sa ou ses filiales et celles-ci n'auront d'autre fournisseur que la société mère. Qu'en résultera-t-il ? Pas toujours certes, mais bien souvent la société mère, assurée d'un débouché, ne se préoccupe pas des améliorations possibles de la fabrication : c'est la routine. Les produits sont chers et de qualité inférieure ; la filiale achetant dans de mauvaises conditions voit ses affaires périliter. Un moyen existerait de sauver la situation, ce serait d'acheter du matériel ailleurs ; mais ses administrateurs ne le feront pas, car ce serait la ruine de leur autre société, la société mère. Cependant la situation de la filiale devient trop mauvaise ; pour la sauver de la ruine les administrateurs de la société mère lui vendront du matériel à perte. Les affaires de la filiale s'amélioreront, mais alors la société mère tombera à son tour. De chute en chute les deux sociétés iront vers la faillite et quand l'une suspendra ses paiements, l'autre sera bien près du terme de sa carrière. Et qui sera responsable de cette double banqueroute ? Uniquement les administra-

teurs communs aux deux sociétés par suite de leurs intérêts respectifs dans chacune d'elles. A ce titre toutes les opérations qu'ils ont fait faire aux deux sociétés l'une avec l'autre tombaient sous le coup de l'article 40 par suite de leur répétition anormale. Il n'y avait pas de convention préalable à ces opérations, donc elles ne constituaient pas un véritable marché, dira-t-on ? C'est complètement inexact, car quand on achète tout son matériel à la même société, quand on lui fait effectuer toutes ses réparations, il y a bien là, sans aucun doute, tous les caractères essentiels d'un marché. Et si les administrateurs venaient dire aux actionnaires de la filiale, qui eux n'ont rien de commun avec ceux de la société mère : autorisez-nous à acheter tous nos rails à la société des procédés X ; autorisez-nous à acheter toutes nos voitures, au fur et à mesure de nos besoins, à la Société des procédés X ; autorisez-nous à commander tous nos moteurs à la Société des procédés X ; autorisez-nous à faire procéder à toutes nos réparations par la Société des procédés X ; il est fort probable que ces actionnaires diraient : « Ne connaissez-vous donc aucun autre fournisseur que la Société des procédés X ? indiquez-nous les conditions d'autres maisons, nous verrons ensuite si nous devons vous autoriser. »

Comme conclusion, donc, nous estimons que le marché prohibé par l'article 40 n'est pas forcément celui qui résulte d'une convention, qu'il doit se déduire

des circonstances et que le juge a, pour décider si la loi est applicable, un large pouvoir d'appréciation. En plus de l'importance des fournitures il devra tenir compte, le cas échéant, de leur caractère réitéré. Et, l'esprit de la loi étant ainsi un peu mieux observé, on pourra peut-être éviter des kracks comme ceux du Comptoir d'Escompte et de la Société des Métaux, de la Raffinerie Say et des Sucreries d'Egypte, de la Société générale de traction et de la Compagnie des tramways de l'Est parisien !

Examinons maintenant la portée de l'article 40 à un autre point de vue.

Ce texte ne vise pas les marchés passés à la suite d'une adjudication avec publicité et concurrence. Cette interprétation résulte de la discussion du texte au Parlement, au cours de laquelle, répondant à une question de M. de Bussière, le rapporteur de la loi déclarait :

« L'honorable M. de Bussière supposait une mise en adjudication. Il ne me paraît, pas plus qu'à M. le Ministre, que les mots « marchés » et « entreprises » s'appliquent à cette hypothèse et qu'ils créent l'impossibilité dont il parle (1). » Il est évident que cette solution est bien conforme à l'esprit dans lequel le

1. Séance du 5 juin. *Moniteur* du 6, col. 3 et 4. Mathieu et Bourguignat. *Commentaire de la loi sur les sociétés des 24-29 juillet 1867*, n° 233, p. 201.

texte de l'article 40 a été élaboré, puisque la règle de l'autorisation préalable par l'assemblée générale n'a pour but que de parer à un abus de pouvoir des administrateurs, lequel ne peut se produire en cas d'adjudication sincère avec publicité et concurrence.

La question n'a pourtant pas été soulevée inutilement lors de la discussion législative, car une controverse aurait pu s'élever à ce sujet en raison de l'interprétation donnée à l'article 1596 du Code civil duquel on déduit généralement que les mandataires sont incapables d'acheter les biens qu'ils sont chargés de vendre, même en cas d'adjudications faites aux enchères.

Ces principes établis, l'énumération d'actes qui rentrent ou non dans la prohibition de l'article 40 offre peu d'intérêt. Donnons pourtant l'indication suivante tirée du livre de M. Houpin (1) :

« Les administrateurs peuvent, sans autorisation, faire avec la société des actes isolés de commerce, fussent-ils même très répétés, comme lui vendre ou lui acheter des marchandises, prendre son papier à l'escompte ou lui porter le leur ; mais ils ne pourraient pas se charger envers la société d'une construction, d'une fourniture au mois ou à l'année, faire une assurance contre l'incendie ou un abonnement pour une assurance maritime, ou un traité pour frais de

1. *Op. cit.*, t. 2, p. 27, n° 805.

constitution de la société et d'émission d'actions. »

Au sujet d'émission d'actions, la Cour de Paris a rendu le 20 janvier 1888 un arrêt intéressant (1).

Il s'agissait de savoir si on pouvait considérer comme licite une convention aux termes de laquelle les administrateurs d'une société se chargeaient de régler les commissions et frais de souscription nécessités par l'émission d'actions nouvelles de celle-ci, moyennant l'abandon à forfait d'une somme considérable.

La Cour a estimé que l'article 40 était applicable à un tel contrat. MM. Dalloz (2) sont également de cet avis. Nous hésitons pourtant à nous ranger à l'opinion de la Cour et des savants auteurs. Il nous semble en effet qu'il s'agit moins, en l'espèce, d'un véritable marché que d'une indemnité supplémentaire que les administrateurs se sont alloué à eux-mêmes de façon illicite.

Expliquons-nous. La Société a besoin d'élever le montant de son capital. Elle émet dans ce but des actions nouvelles et a recours à une banque pour offrir les titres au public. Qui va traiter avec la banque? Le Conseil d'administration de la société; c'est une opération qui rentre dans ses attributions. Il n'a donc aucune raison pour s'attribuer à cette occasion

1. D. P. 89.2.265.

2. D. *Répert. alphab.* Supplément Société, n° 1503, *in fine*.

une importante commission ou pour en octroyer une aux administrateurs qu'il a chargés de traiter à sa place. Si le mandat en vertu duquel les administrateurs agissent mérite une rétribution, c'est aux mandants seuls, les actionnaires, à l'accorder et à en fixer le chiffre.

Il est évident que la solution serait toute différente si les administrateurs se chargeaient par traité, non pas de régler les commissions et frais de souscription, mais d'effectuer eux-mêmes la souscription. La société ne pouvant procéder elle-même à celle-ci, il y aurait bien là un marché, et ce marché, étant donné son importance, devrait tomber sous le coup de l'article 40, quelles que soient d'ailleurs les conditions avantageuses ou désavantageuses pour la société.

Il a été encore décidé par un arrêt de Rouen du 10 mars 1909 (1) que l'article 40 n'est pas applicable au concordat, de sorte qu'un administrateur pourrait le proposer ou y participer au nom de la société même s'il était directement intéressé à sa conclusion comme créancier vérifié et affirmé.

Cette solution paraît tout à fait logique. L'article 40 en effet a trait à des opérations de la société rentrant dans l'objet de son commerce. Or, le concordat est une convention tout à fait particulière, absolument distincte de ces opérations. On peut ajouter d'autre

1. *Journal des Sociétés*, 1910, p. 209.

part que le concordat ne peut être assimilé aux conventions susceptibles d'être désavantageuses pour la société et qui sont pour cette raison prohibées par le législateur. Le concordat est au contraire toujours avantageux pour le débiteur qui obtient, par ce contrat, en même temps que la possibilité de continuer ses affaires, une remise de dette ou tout au moins des délais pour s'acquitter.

Conditions dans lesquelles l'article 40 s'applique
à l'égard des administrateurs.
Intérêt direct et indirect

L'incapacité de l'article 40 s'applique aux administrateurs. Le texte est formel sur ce point. Elle ne pourrait donc, ainsi que la question a été posée à la Cour de Paris, s'étendre par analogie aux actionnaires. La Cour a d'ailleurs été de cet avis en déclarant qu'un actionnaire a droit de prendre part aux délibérations de l'assemblée générale, même s'il avait un intérêt direct dans la résolution présentée à l'assemblée (1).

Il faut considérer en effet que l'actionnaire qui exerce son droit de vote à l'assemblée générale ne se trouve pas du tout dans la même situation que l'administrateur. Ce dernier, en traitant, agit comme

1. Paris, 13 mars 1884, *Revue des Sociétés*, 1884, p. 359.

mandataire des actionnaires, tandis que ceux-ci agissent à l'assemblée générale pour leur compte personnel, dans la mesure où ils sont propriétaires de l'actif social. On ne concevrait pas que certains d'entre eux ne puissent exercer leur droit de propriété au même titre que les autres, dans la mesure où la loi l'autorise.

L'article 40 n'a donc d'effet qu'à l'égard des administrateurs. Mais dans quelles conditions ce texte les touchera-t-il ? Nous avons vu que les administrateurs exercent leurs attributions de deux façons : soit comme faisant partie du conseil d'administration, lequel, en ce cas, a seul qualité pour accomplir tous actes de gestion, soit comme mandataires de celui-ci avec pouvoir propre de décision. Or, l'article 40 s'applique-t-il seulement à l'égard des actes émanant des administrateurs agissant comme délégués du Conseil d'administration ou, au contraire, cette disposition légale s'étend-elle aux actes décidés par le Conseil d'administration quand l'un des membres qui le composent a un intérêt personnel à leur exécution ?

D'après M. Houpin (1), l'article 40 ne s'appliquerait qu'à des actes personnels et n'aurait pas d'effet, par suite, à l'égard de traités « passés par un ensemble d'administrateurs avec ceux d'une autre société parmi lesquels figureraient quelques-uns des pre-

1. *Op. cit.*, t. II, p. 27, n° 806.

miers, alors surtout que les administrateurs communs aux deux sociétés se sont abstenus de prendre part aux négociations relatives aux conventions à intervenir entre les deux sociétés ». Cette thèse est également celle des juges du tribunal de la Seine dans un jugement du 17 mars 1890 (1).

Les anciens auteurs pourtant ne paraissent pas avoir eu la même manière de voir. MM. Mathieu et Bourguignat (2) notamment disent : « Nous verrions même l'intérêt direct chez celui qui serait à la fois administrateur de deux sociétés dont l'une passerait un marché avec l'autre. »

Cette dernière manière de voir nous paraît la plus conforme au but que se sont proposé les législateurs et à l'esprit de la loi. En effet, les auteurs de la loi de 1867 ont bien confié la gestion de la société anonyme aux administrateurs, mais en multipliant les garanties à l'égard des actionnaires. Ils ont pris soin d'éviter, autant que possible, que les intérêts de ces derniers soient lésés. Cette tendance ne résulte d'ailleurs pas seulement de l'ensemble de la loi, mais encore du texte même de l'article 40. N'est-il pas spécifié, en effet, avec précision, que les administrateurs ne peuvent *prendre* ou *conserver* un intérêt *direct* ou *indirect*? Ce soin d'indiquer les actes interdits est

1. *Rev. des Soc.*, 1890, p. 391. *Journal des Soc.*, 1891, p. 476. Fuzier-Hermann *Rép. Alph.*, v° *Soc.*, n° 4.201.

2. *Op. cit.*, p. 203, n° 235.

une preuve que l'article 40 doit être considéré, de façon générale, comme très absolu dans ses effets.

En fait d'ailleurs, il semble désirable que l'article 40 soit entendu dans ce sens large. Ce n'est pas une garantie suffisante pour les actionnaires que le marché soit conclu par le Conseil d'administration tout entier plutôt que par un seul administrateur. Les administrateurs devant, en effet, se former une opinion en peu de temps, les explications fournies par les membres du Conseil qui connaissent le mieux l'affaire influenceront de façon considérable sur la décision à prendre. Or, quels seront les administrateurs en état de donner des indications à leurs collègues ? Précisément ceux qui auront un intérêt à l'adoption de la convention proposée. La loi, d'ailleurs, doit être appliquée aussi bien s'ils n'ont pas pris part aux négociations du contrat que dans le cas contraire, car les administrateurs ont une situation prépondérante dans la société qui peut pousser les agents chargés de ces négociations à prendre en considération les intérêts particuliers de leurs chefs plutôt que ceux de la société elle-même. Enfin, même s'il n'en était pas ainsi, l'influence personnelle des administrateurs intéressés n'en subsisterait pas moins au sein du conseil.

Suffirait-il pour que la loi soit observée que l'administrateur ayant un intérêt dans un marché donnât sa démission d'administrateur après avoir conclu

ce marché ? Pont (1) admet l'affirmative. Nous ne pouvons, avec M. Vavasseur (2), admettre cette manière de voir.

Ainsi que nous l'avons fait remarquer plus haut incidemment, la loi s'applique en cas d'intérêt direct et d'intérêt indirect.

L'intérêt direct existe quand le marché est passé par la société avec l'administrateur ou quand celui-ci doit tirer personnellement profit du marché lui-même. L'intérêt est indirect quand l'administrateur peut y trouver un bénéfice de façon détournée. Il en serait ainsi, par exemple, s'il était créancier d'une personne de solvabilité douteuse dont l'exécution d'un marché ou d'une entreprise conclue avec la société améliorerait la situation.

Bien que la question n'ait pas encore été soulevée, à notre connaissance, nous concevions qu'une parenté proche pourrait également constituer un intérêt indirect. Un administrateur pourrait en effet se montrer disposé à favoriser dans un marché un de ses parents dont il aurait l'espérance d'hériter un jour. La suspicion qui pèserait sur la convention serait encore plus grande si le co-contractant de la société était l'épouse d'un administrateur, même séparée de biens et faisant le commerce pour son propre compte.

1. *Op. cit.*, n° 1640. Dans le même sens, Houpin, n° 439.

2. *Op. cit.*, édition 1902, n° 824 ; édition 1910, n° 716.

Il ne faut pourtant pas se montrer trop absolu dans l'application de l'article 40. Pourrait-on soutenir en effet que la possession par un administrateur d'une seule action d'une société co-contractante serait suffisante pour rendre la convention suspecte ? Mais où commence l'intérêt prohibé par la loi ? Il serait bien difficile de le dire en matière d'intérêt direct, et la question est encore plus délicate s'il s'agit d'intérêt indirect. Si dans l'intérêt direct on peut encore déterminer à peu près exactement le bénéfice à retirer par l'administrateur du marché incriminé, il n'en est nullement de même dans l'autre cas. Comment établir, en effet, dans quelle mesure un marché non encore exécuté doit profiter au créancier de l'une des parties contractantes ? Il faut tenir compte non seulement des éléments matériels, mais de l'honorabilité, de l'honnêteté des parties en cause, des mesures conservatoires que peuvent accomplir non seulement l'administrateur créancier, mais les autres créanciers qui sont susceptibles de primer ce dernier s'ils font les diligences nécessaires.

Il est donc tout à fait délicat de déterminer quand commence l'intérêt indirect prohibé. On peut estimer seulement que cet intérêt n'aura pas besoin d'être important pour amener l'application de l'article 40, puisque ce texte le proscriit de façon générale. Il n'aura pas besoin également d'être prouvé de façon irréfutable puisque, d'une part, nous venons de voir

combien cette preuve est difficile à faire et que, d'autre part, l'administrateur a très bien pu, ce que la loi a pour but d'éviter, sacrifier les intérêts de la société dans l'espoir d'un profit indirect sans que le résultat soit venu confirmer ses calculs.

La conclusion de cette manière de voir est que le Conseil d'administration agira prudemment en se faisant autoriser préalablement par l'assemblée des actionnaires à conclure les traités importants. Il est d'ailleurs tout à fait désirable que les actes les plus importants soient approuvés par les associés. La gestion n'en est pas entravée, car ces actes n'ont généralement pas besoin d'être conclus immédiatement. Au cas d'ailleurs où il en serait exceptionnellement ainsi, une ratification ultérieure par les actionnaires serait suffisante (1).

On peut se demander si un administrateur pourrait prendre un intérêt dans un marché conclu sans que la ratification par l'assemblée générale devienne nécessaire.

Reprenons notre critérium. Un tel marché peut-il être entaché d'influence suspecte ? Oui, certes, car l'administrateur qui prend postérieurement un intérêt dans un marché a participé lui-même à la conclusion de celui-ci. D'ailleurs si l'article 40 n'était pas applicable, quel beau moyen s'offrirait de tourner la

1. Voir *infra*, p. 85

loi ! Au lieu de s'intéresser à un traité avant sa conclusion, on s'y intéresserait après ; il suffirait de trouver, en attendant, un homme de paille qui passerait la main plus tard !

Il ne faut pourtant pas se montrer trop absolu dans le cas qui nous occupe, et l'on peut concevoir que, dans certaines circonstances, l'article 40 ne soit évidemment pas applicable. Il en serait ainsi, par exemple, si l'administrateur avait recueilli dans une succession, postérieurement à la conclusion du marché, des créances contre l'un des co-contractants. Le traité tomberait au contraire sous le coup de la loi si l'administrateur avait acheté des créances. Il y a là, en un mot, une question d'appréciation suivant les espèces qui serait de la compétence du juge du fait.

Forme de l'autorisation des marchés

La forme dans laquelle l'assemblée générale doit se prononcer sur l'autorisation préalable des marchés importe peu. Le projet de traité fera vraisemblablement partie des propositions du conseil d'administration.

On peut se demander si l'autorisation de l'assemblée pourrait intervenir après coup. P. Pont (1) opine pour l'affirmative en faisant remarquer que « ce n'est

1. *Op. cit.*, t. II, n° 1640.

pas la convention même qui est interdite par la loi ». Tel n'est pas notre avis. L'autorisation de l'assemblée générale est une condition de fond nécessaire pour la validité de la convention. L'administrateur qui traite de lui-même excède ses pouvoirs et, ainsi que nous le verrons plus loin, l'acte accompli par lui peut être annulé.

Reportons-nous pourtant aux principes exposés au début de notre travail et qui doivent nous guider dans toutes nos déductions. Il convient de se rendre compte que les administrateurs doivent avoir les pouvoirs nécessaires pour accomplir tous les actes utiles à la bonne marche de l'entreprise. Cet élément doit introduire un tempérament dans notre conclusion primitive. Si donc, exceptionnellement, par suite de circonstances que le juge du fait aurait qualité pour apprécier souverainement, le traité devait être conclu sans délais, la ratification postérieure de l'assemblée générale pourrait suffire pour lui conférer la validité et décharger les administrateurs de toute responsabilité. Toutefois, cette façon de procéder ne serait possible, à notre avis, que si le traité avait été conclu par le Conseil d'administration et non par un administrateur délégué. Ce dernier, en effet, ne pourrait jamais invoquer l'urgence pour excuser un excès de pouvoir, puisqu'il peut toujours se faire couvrir dans un délai très court par son mandant, le Conseil d'administration.

L'article 40 oblige non seulement les administrateurs intéressés dans un marché à se faire autoriser par l'assemblée générale, mais encore à rendre compte à celle-ci, chaque année, de l'exécution des marchés préalablement autorisés. Dans quelles conditions ce compte rendu doit-il être fait ? M. Vavasseur estime (1) que cet acte incombe au Conseil d'administration ou, à son défaut, au commissaire de surveillance. Ce dernier paraît en effet tout à fait qualifié pour cela. « Le silence gardé par lui serait de nature à engager sa responsabilité » ajoute, très justement, à notre avis, M. Vavasseur.

Sanction de la règle de l'article 40

La sanction de la loi réside-t-elle dans la nullité des marchés incriminés ? Boistel l'admet dans tous les cas (2), Alauzet (3) estime au contraire que le contrat dont il s'agit n'est jamais nul.

Cette dernière opinion se fonde sur le fait que la loi est muette au sujet de la sanction. Certaines décisions de justice ont admis cette manière de voir. Il a été jugé notamment par le tribunal correctionnel de la Seine que le marché conclu en contravention

1. *Op.cit.*, t. II, n° 827 (5^e éd.), n° 719 (6^e éd.)

2. *Précis de Droit Com.*, 3^e éd., p. 221.

3. *Commentaire du Code de Com.*, 3^e éd., t. II, n° 756.

de l'article 40 n'est jamais nul, mais peut seulement donner lieu, le cas échéant, à l'exercice d'une action en responsabilité contre son bénéficiaire (1).

La vérité paraît être entre ces deux solutions extrêmes. Les auteurs (2) estiment en effet, en général, qu'il faut distinguer entre l'intérêt direct et l'intérêt indirect. En matière d'intérêt direct le traité est conclu par un incapable et la sanction de l'incapacité réside dans la nullité de l'acte (argument art. 1596 Code civil). La société au profit de laquelle la prohibition est édictée sera donc fondée à demander la nullité du marché conclu à son préjudice.

Par contre, la même solution ne peut se concevoir s'il s'agit d'un intérêt indirect. La portée de l'article 40 se restreint aux rapports de la société et de ses administrateurs. La nullité du marché incriminé ne peut donc être opposée aux tiers de bonne foi qui ont contracté avec les représentants légaux de la société. Il en serait autrement pourtant si les tiers étaient de mauvaise foi ou si la preuve était faite qu'ils aient connu l'opposition d'intérêts. Ils seraient alors coupables d'un quasi délit pour avoir traité dans ces conditions (3).

Quelle pourra être, en outre de la nullité, la sanc-

1. Jug. du 28 avril 1887. *Journal des Soc.*, 1888, p. 428.

2. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. II, n° 822 ; Pont, *op. cit.*, n° 1642 ; Houpin, *op. cit.*, t. I, n° 441.

3. En ce sens : Vavasseur, *op. cit.*, éd. 1910, n° 720.

tion de l'article 40 vis-à-vis de l'administrateur coupable ? Il convient tout d'abord de dégager ce fait que la contravention est dépourvue de toute sanction pénale, la loi ne contenant aucune disposition spéciale à ce sujet. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ce point (1).

La société ne peut donc intenter à l'administrateur qu'une action en dommages-intérêts, à condition toutefois que le marché incriminé ait été désavantageux pour elle. Dans le cas contraire une pareille action n'aurait évidemment aucune raison d'être. La quotité des dommages-intérêts pourra être notamment déterminée par le degré de responsabilité de l'administrateur. S'il était démontré, par exemple, que le marché se présentait de façon avantageuse pour la société et que les intérêts de celle-ci paraissaient suffisamment sauvegardés dans le contrat, l'indemnité à laquelle serait condamné l'administrateur serait évidemment réduite.

D'autre part, les bénéfices retirés par l'administrateur du marché frauduleux ayant une cause illicite devraient évidemment être remis à la société (2).

Toutefois un jugement du Tribunal de commerce

1. Voir notamment à cet égard l'arrêt de la Cour de Paris du 18 mars 1887 (D. P. 88.2.129 et suiv.). Consulter également, au sujet de la responsabilité des administrateurs : Godde, *De la responsabilité des administrateurs de Sociétés anonymes*. Paris 1912.

2. En ce sens. Trib. de com. de Toulouse, 25 mai 1886, *Revue des Soc.*, 1887, p. 69.

de la Seine (1) décide que la réparation du préjudice causé ne pourrait plus être réclamée par la société après ratification de l'opération par un vote de l'assemblée générale, parce que l'action en vertu de laquelle cette réparation peut être demandée est une action sociale.

En ce qui concerne l'omission du compte rendu annuel du marché ou de l'entreprise, la sanction ne pourrait évidemment consister dans la nullité de la convention tout à fait régulière dans son principe. La seule sanction consisterait dans la réparation civile des administrateurs et des commissaires de surveillance qui n'auraient pas suivi les prescriptions légales.

Il paraît presque superflu d'ajouter que, dans tous les cas, les infractions à la règle de l'article 40 pourraient amener la révocation des administrateurs coupables. Cette solution ne peut faire le moindre doute puisque les administrateurs sont révocables *ad nutum* par les actionnaires.

Nous avons épuisé les questions relatives aux pouvoirs des administrateurs considérés en eux-mêmes. Il convient maintenant d'étudier dans quelles conditions de forme les administrateurs peuvent utiliser ces pouvoirs et comment il leur est possible d'en justifier vis-à-vis des tiers. Tel sera l'objet des développements qui vont suivre.

1. 28 juin 1888. *Gaz. du Palais*, 88.2.266.

TROISIÈME PARTIE

CONDITIONS DE FORME NÉCESSAIRES POUR LA VALIDITÉ DES ACTES DU CONSEIL D'ADMINISTRATION

Celui qui veut contracter doit s'assurer de la capacité de ses co-contractants. Traite-t-il en effet avec un incapable ? La convention sera annulable, et seulement à la requête de cet incapable, dit l'article 1125 du Code civil. « *Qui cum alio contrahit, vel est, vel debet esse non ignarus conditionis ejus* (1). » Donc, si le capable traite avec un individu qu'il sait être incapable il court le risque de voir le contrat annulé. Si d'autre part il ne s'inquiète pas de la capacité de son co-contractant il doit subir la peine de son insouciance.

Toute personne qui contracte avec une société anonyme doit donc s'assurer que le représentant de celle-ci a qualité pour l'engager. Elle doit examiner également si les conditions de forme ont été remplies.

1. Ulpien, l. 19, ff. de reg. jur. ; De Turri, de camb., disp. 1, quæst. 14, n° 11.

Cf. Massé. *Le droit com. dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, t. III, n° 1534.

Qu'importerait, en effet, qu'un vendeur de marchandises à la société se soit rendu compte que le Conseil d'administration avait qualité pour traiter avec lui, si la délibération de ce conseil approuvant l'achat était entachée de nullité ?

On pourrait citer de nombreuses espèces dans lesquelles des contrats, ou soi-disant tels, signés par des représentants de la société non qualifiés à cet effet furent annulés au préjudice des tiers trop confiants. Citons seulement l'exemple suivant :

Le Conseil d'administration donne mission à l'ingénieur-conseil de la société d'établir un projet de vente. Le projet est établi et l'ingénieur-conseil signe l'acte au nom de la société. Il avait outrepassé ses pouvoirs, aussi le contrat fut-il déclaré sans effet à l'égard de la société, malgré la bonne foi des tiers, par jugement du Tribunal de commerce de Saint-Etienne du 14 juin 1900 (1). On ne peut rien reprocher au point de vue légal à cette décision de justice qui a peut-être pourtant porté un préjudice considérable aux tiers coupables seulement d'avoir contracté en se basant sur la bonne foi, sans réclamer les justifications de pouvoirs nécessaires.

Nous nous proposons, dans cette partie de notre travail, d'examiner les justifications que devront réclamer les tiers pour s'assurer que la société est régulièrement engagée.

1. *Revue des Sociétés*, 1900, p. 542.

Pour se rendre compte des pièces utiles, il faut posséder deux catégories d'éléments. Tout d'abord il convient d'établir l'autorité capable de traiter au nom de la société : les pages antérieures contiennent des indications sur ce point. En second lieu il est nécessaire de procéder à la vérification des pouvoirs des représentants de la société et de s'assurer que la décision prise par eux est valable.

Dans ce but nous allons tout d'abord rappeler très brièvement les principales règles concernant la nomination des administrateurs.

Nous examinerons ensuite dans quelles conditions les différents organes qui représentent la société anonyme peuvent prendre des décisions capables d'obliger celle-ci.

Nous pourrons alors déterminer les pièces au moyen desquelles les co-contractants pourront s'assurer que les conventions passées avec la société anonyme lui seront opposables.

I. — Nomination des administrateurs

L'article 22 de la loi de 1867 dispose que les administrateurs doivent être choisis parmi les associés. Cette condition est absolument nécessaire, car elle n'existait pas sous l'empire du Code de commerce (art. 31).

La nomination d'un administrateur étranger à la

société devrait donc être considérée comme nulle et tous les actes accomplis par lui seraient sans effet.

Il ne faudrait pas, cependant, entendre l'article 22 dans un sens trop restrictif. C'est ainsi qu'il a été jugé à différentes reprises qu'il n'était pas besoin d'être associé au moment de la nomination mais lors de l'entrée en fonctions (1).

Il existe un certain nombre de fonctions incompatibles avec l'administration des sociétés anonymes. Citons notamment les notaires (2), les militaires (3), les parlementaires, dans certains cas (4).

Les administrateurs ont un mandat qui ne peut excéder trois ans s'ils sont désignés par les statuts, six ans s'ils tiennent leurs pouvoirs d'une assemblée générale d'actionnaires (5).

Il peut pourtant se présenter une difficulté. Il arrive très fréquemment, en effet, dans la pratique que les premiers administrateurs soient désignés par les sta-

1. Voir notamment Paris, 3 février 1891. (*Rev. des Soc.*, 1891, p. 208.)

2. Ordonnance du 4 janvier 1843.

3. Circulaire ministérielle du 24 décembre 1869.

4. Les parlementaires ne peuvent notamment accepter, pendant leur mandat, les fonctions d'administrateurs d'une compagnie de chemin de fer, à moins d'être considérés comme démissionnaires et soumis à la réélection (art. 10 de la loi du 20 nov. 1883).

5. Cette durée n'est d'ailleurs pas absolument fixée : elle s'étend jusqu'à la réunion de l'Assemblée générale tenue au cours de la troisième ou de la sixième année qui suit l'entrée en fonctions ou le renouvellement du mandat (Trib. Com. Seine, 31 mars 1897. *Journ. Soc.*, 1897, p. 435).

tuts sous réserve de la ratification de l'assemblée générale. Le mandat pourra-t-il avoir, dans ce cas, une durée maxima de trois ans ou de six ans ? De six ans, estime-t-on généralement, car les administrateurs ainsi nommés ne tiennent en réalité leurs pouvoirs que des actionnaires, les fondateurs se contentant de présenter des candidats à la fonction.

Les administrateurs sont révocables *ad nutum* par les actionnaires. Par suite le mandat des administrateurs peut être révoqué à n'importe quelle époque et sous n'importe quel prétexte, sans donner lieu à une indemnité quelconque. Cette disposition de la loi de 1867 est même considérée comme étant d'ordre public, de sorte que les statuts particuliers ne sauraient y déroger (1).

Il y a là une situation qui ressemble singulièrement au régime parlementaire en droit constitutionnel. On peut dire que les administrateurs sont les véritables ministres de la société anonyme. Ils en ont les pouvoirs — plus étendus même — et la fonction présente des aléas semblables. Ils sont sujets aux mêmes revirements d'opinion. Cette situation peut présenter de graves inconvénients pour la gestion, pour l'existence même de la société anonyme. Un financier plus ou moins honnête désire-t-il en effet obliger la société à accomplir un acte quelconque ? Rien

1. Vavasseur, *op. cit.*, n° 795.

de plus facile si les actions de celle-ci ne sont pas encore classées. Il se constituera reporteur d'un nombre suffisant d'actions, et, ayant en main le jour de l'assemblée générale la majorité des actions représentées, il renversera sans difficulté le précédent conseil et se nommera lui-même à sa place avec un certain nombre d'acolytes (1).

Pour parer dans une certaine mesure aux caprices des assemblées, les statuts emploient en général un moyen, utilisé souvent en matière de droit constitutionnel, qui est de faire procéder au renouvellement des administrateurs par fractions chaque année. Ce moyen pourtant est-il bien efficace en présence du droit de révocation *ad mutum* que conservent toujours les actionnaires ? Oui, semble-t-il, d'après la jurisprudence. Il a été jugé, en effet, à plusieurs reprises (2) que la révocation des administrateurs ne pourrait être prononcée valablement par l'assemblée générale si elle n'avait été insérée dans l'ordre du jour. Il n'y aurait exception que si la mesure de révocation avait pour cause un incident né de la discussion devant l'assemblée générale et impossible à prévoir à l'avance. Cette solution est bien conforme il est vrai à la règle

1. La jurisprudence a consacré à plusieurs reprises cette règle pleine de dangers pour les sociétés dont les titres sont encore, en partie, entre les mains des spéculateurs. Voir notamment Cour de cassation, 18 juin 1895, D. P. 95, 1.479.

2. V. notamment Cass. civ., 15 juillet 1895 (*Rev. des Soc.*, 1895, p. 539).

que les questions portées à l'ordre du jour peuvent seules faire l'objet des délibérations des assemblées générales. Pourtant la disposition légale qui établit la révocabilité des administrateurs est très absolue dans ses effets et la jurisprudence ne devrait pas en restreindre, en fait, la portée. Cependant le résultat est très heureux et nous devons constater une fois de plus, dans ce cas, l'influence bienfaisante de la jurisprudence corrigeant les conséquences souvent fâcheuses de la loi.

Il faut admettre un tempérament à la règle de la nomination des administrateurs par les actionnaires. Supposons en effet qu'il se produise des décès, des démissions au sein du conseil dans l'intervalle de la réunion de deux assemblées annuelles. Va-t-on compromettre la bonne gestion de la société en attendant la réunion de la prochaine assemblée générale pour combler les vacances ? C'est inadmissible. Aussi la plupart des statuts contiennent-ils une clause en vertu de laquelle les administrateurs en exercice sont autorisés à procéder au remplacement de leurs collègues décédés ou démissionnaires, sous réserve de la ratification des actionnaires. On s'est demandé si les statuts pourraient conférer valablement aux administrateurs le droit de nommer des remplaçants d'une manière définitive. Une telle clause serait, semble-t-il, tout à fait contraire au régime instauré par le législateur. Ce serait modifier à sa base tout le système

d'administration de la société anonyme ; ce serait, dans une certaine mesure, substituer l'autocratie au régime parlementaire. Beaucoup d'administrateurs n'accomplissent pas leur mandat pendant toute sa durée, car il peut se passer bien des choses en six ans. C'est donc autant de nominations qui échapperaient aux actionnaires. On peut objecter, il est vrai, que les administrateurs ainsi désignés devraient tôt ou tard se présenter devant les actionnaires pour solliciter le renouvellement de leur mandat et que ces derniers conserveraient leur droit de révocation. Mais la situation n'en serait pas moins différente car on discute beaucoup moins quand il s'agit de maintenir une personne dans une fonction que pour la nommer à cette fonction. D'ailleurs il subsisterait toujours le fait que des administrateurs auraient accompli des actes engageant les actionnaires sans avoir été mandatés par eux.

Rappelons en un mot, avant de terminer ce chapitre, les conditions de convocation des assemblées générales.

Les assemblées sont convoquées par le Conseil d'administration, ou à leur défaut par les commissaires de surveillance.

Aucune disposition légale ne prescrit un délai quelconque entre la date de convocation et celle de la réunion de l'assemblée, quand il s'agit d'une assemblée générale annuelle. En fait pourtant, il

devra s'écouler un espace de temps suffisant pour que les prescriptions des articles 12 et 35 de la loi de 1867 relatives aux communications de pièces à faire aux actionnaires puissent être observées (1).

Les avis de convocation doivent faire connaître les questions portées à l'ordre du jour, sur lesquelles l'assemblée pourra seulement délibérer valablement.

II. — Fonctionnement des organes de la Société Anonyme

Nous avons déjà eu l'occasion de faire remarquer que les administrateurs n'ont pas de pouvoirs personnels : les décisions émanent des administrateurs réunis en Conseil d'administration.

Cette règle ne découle pas de la loi, mais a été introduite par un usage constant. Il est indispensable, en effet, à la bonne gestion d'une entreprise que les pouvoirs de direction soient réunis en la même main : imagine-t-on des administrateurs qui pourraient chacun de leur côté conclure des marchés, faire des achats, vendre les marchandises ? Ce serait l'anarchie et bientôt la ruine. Et cependant plusieurs chefs sont souvent utiles dans une industrie ; mais

1. Si les prescriptions dont il s'agit n'étaient pas observées, l'assemblée serait nulle. (Trib. com. Seine, 28 mars 1887, *Revue des Soc.*, 1887, p. 335.)

alors ils se partagent le travail, ils opèrent chacun dans leur sphère et ne se gênent pas mutuellement ; ce ne sont plus que des agents d'exécution d'une tête, placée au-dessus d'eux, qui coordonne les efforts de chacun et prend les mesures d'ordre général.

Dans les sociétés en nom collectif les associés sont généralement tout à la fois ces agents et cette tête. Ils dirigent chacun des services différents et prennent en commun les décisions les plus importantes. Mais leur situation est tout autre que celle des administrateurs, car leur intérêt personnel est en jeu et ils subissent eux-mêmes les conséquences fâcheuses des décisions contradictoires qu'ils pourraient prendre chacun de leur côté. Supposons que cet intérêt ne soit pas un frein suffisant ; mais alors qui souffrira de la mauvaise administration ? Les associés seuls, et cette conséquence ne sera nullement regrettable.

Il n'en est pas du tout de même dans les sociétés anonymes. L'anarchie serait presque fatale. Les administrateurs entrent généralement en fonction sans se connaître ; ils n'ont pas devant eux la préoccupation constante d'un meilleur résultat à obtenir puisqu'ils ne doivent en profiter que de façon restreinte : une action collective est donc toujours indispensable.

Comment les délibérations du Conseil d'administration, d'où découle cette action collective, seront-elles prises de façon valable ? Les statuts particuliers

règlent généralement ces points, la loi étant muette à cet égard. Ils indiquent le nombre minimum de membres indispensables pour délibérer, la majorité nécessaire pour prendre des décisions.

Supposons donc que les statuts contiennent des stipulations à cet égard. Il n'en est pas moins nécessaire qu'il y ait en fonctions le nombre d'administrateurs fixé par les statuts. Les fondateurs ont estimé que ce nombre était nécessaire pour assurer la bonne marche des affaires sociales ; ils ont pensé qu'il était utile de confier la gestion de l'entreprise, à six, huit, dix personnes représentant des compétences différentes, des idées diverses. S'agit-il de prendre des décisions sur le commerce exercé par la société ? Les administrateurs rompus aux affaires seront plus aptes que les autres pour fournir des indications utiles. Si, au contraire, la décision à prendre se rapporte à une affaire litigieuse, à un procès, alors les conseils de l'ancien notaire, du jurisconsulte, seront plus particulièrement utiles.

Il n'est pas besoin d'ailleurs que tous les administrateurs soient présents à toutes les séances, car, après avoir pris connaissance de l'ordre du jour, certains pourront estimer que leur concours n'est pas utile dans une occasion déterminée. C'est précisément en prévision de cette hypothèse qu'est insérée la clause des statuts relative au nombre minimum de membres nécessaires pour délibérer, qui contient

implicitement la faculté pour les administrateurs de ne pas assister à toutes les séances du conseil. Mais cette disposition n'autorise nullement les administrateurs à prendre des décisions s'il existe des vacances dans leur corps. Ils doivent auparavant se compléter provisoirement.

Ce que nous venons de dire nous amène à une seconde conclusion : c'est que tous les membres composant le conseil doivent avoir été convoqués. Il est inutile d'insister sur ce point.

Ces questions de forme n'ont d'intérêt pour les co-contractants qu'au sujet du sort des conventions passées avec la société. Qu'importe à un débiteur que la quittance remise ait été donnée irrégulièrement, si elle est néanmoins opposable à la société ? De même l'industriel qui s'engage à livrer des machines se soucie peu de savoir si la responsabilité des administrateurs est engagée à l'égard de la société parce que la convention n'a pas été passée comme il convenait : ce qui lui importe c'est qu'il puisse forcer la société à accepter ses machines quand elles seront construites, et à lui en payer le prix.

Supposons donc des conventions entachées des différentes irrégularités visées ci-dessus, et voyons quel sera leur sort.

Il est évident tout d'abord que si les statuts, régulièrement publiés, ont prévu que la présence d'un certain nombre de membres du conseil était néces-

saire pour qu'une décision soit prise valablement, tous les actes faits par les administrateurs sans que cette règle soit observée seront nuls. Il y aurait là en effet un manquement grave aux statuts qui, régulièrement publiés, sont opposables aux tiers (1).

Que décider si l'irrégularité provenait de ce que les administrateurs ne sont pas au complet, par suite de décès ou de démissions? Les conventions passées dans ces conditions seraient nulles, déclare M. Houpin (2). Le commentateur anonyme d'un arrêt de Cassation du 20 juillet 1897 (3) est du même avis, et en donne les raisons suivantes : « Cette doctrine est conforme aux principes, et propre à déjouer les fraudes qui pourraient résulter de la solution contraire, notamment celle qui consisterait à profiter de la disparition de certains membres pour prendre des mesures ajournées jusque-là devant l'opposition de ceux que la mort a saisis ou qui se sont volontairement retirés. Il ne suffit point que la délibération ait été prise par le nombre minimum de membres prévu par les statuts ; il faut encore que le conseil soit composé ainsi que le veulent les statuts, parce qu'en dehors de la décision elle-même, il y a ce qui la précède et la prépare, et que les garanties prévues et exigées par

1. Voir *infra*, p. 117.

2. *Op. cit.*, n° 812 (éd. 1909).

3. S. 97.I.409.

le pacte social n'existent qu'autant que sont observées les clauses qui déterminent le nombre des administrateurs. »

L'auteur de cette note ajoute pourtant que la nullité ne s'applique qu'aux actes émanant du Conseil d'administration seul. La ratification d'un acte par l'assemblée générale couvre l'irrégularité commise par le Conseil d'administration.

Cette manière de voir paraît être partagée par la jurisprudence. Il a été jugé, en effet, d'une part que des appels de fonds faits par des Conseils d'administration réduits par la mort ou la démission de certains de leurs membres sont nuls (1), et, d'autre part, que la convocation d'une assemblée générale faite par une décision du conseil entachée de la même irrégularité n'était pas une cause de nullité des délibérations de cette assemblée qui avaient eu lieu, d'ailleurs, dans les conditions légales (2).

Examinons maintenant une autre hypothèse. Le conseil délibère après s'être complété provisoirement, mais ces nominations provisoires n'ont pas été ratifiées par l'assemblée générale. Quel sera le sort des actes accomplis avec le concours de ces pseudo-administrateurs ? M. Houpin (3) émet à ce sujet l'opi-

1. Paris, 20 mai 1887. (*Le Droit*, 23 juin 1887), 24 janvier 1889, (*Le Droit*, 8 février 1889.)

2. Arrêt de Cass. du 20 juillet 1897.

3. *Journal des Soc.*, 1910, p. 5 et suiv.

nion suivante : « Si l'assemblée générale seule compétente pour nommer les administrateurs refuse de ratifier la nomination provisoire faite par le conseil, cette nomination provisoire doit être considérée comme nulle et non avenue ; les actes accomplis par l'administrateur provisoire sans qualité pour agir sont juridiquement inexistant, et, pour apprécier si les délibérations prises et les actes passés par le conseil sont valables, il faut faire abstraction du concours donné par l'administrateur provisoire. »

Rapprochons cette manière de voir de l'opinion émise par le même auteur, que, dans le silence des statuts, les décisions du conseil devront toujours être prises par tous les administrateurs prévus au pacte social (1). Alors, dans une société semblablement constituée, si un administrateur décède ou démissionne et que la nomination de son remplaçant ne soit pas agréée ensuite par les actionnaires, tous les actes accomplis dans l'intervalle par le Conseil d'administration seraient nuls !

Mais sans aller aussi loin, et en nous en tenant simplement à la thèse soutenue par M. Houpin dans le passage que nous avons reproduit plus haut, combien cette théorie, très soutenable peut-être juridiquement, comporte de fâcheuses conséquences au point de vue pratique !

1. Voir ci-après, p. 107.

Non seulement ceux qui auront le courage de traiter avec la société anonyme malgré la complication des actes et toutes les causes de nullité possibles de ceux-ci devront s'assurer que toute la procédure nécessaire pour engager la société a été régulière, mais encore ils devront attendre jusqu'à la réunion de la prochaine assemblée générale pour savoir si la convention passée est valable ou non ! La régularité d'un contrat, et d'un contrat ordinaire pouvant être conclu par le Conseil d'administration en vertu de ses pouvoirs propres, ne pourra s'apprécier à la date où il sera établi, mais peut-être seulement un an après, lors de la réunion de la prochaine assemblée générale.

Qui oserait, dans ces conditions, traiter avec une société anonyme ? S'il n'existe pas d'administrateur délégué, ses affaires vont se trouver paralysées. On est peu disposé à traiter sur la bonne foi, surtout quand il s'agit de la bonne foi de milliers d'actionnaires !

Cette solution, que nous avons tant de peine à admettre, s'impose pourtant pour les actes faits avec le concours d'administrateurs provisoires après la réunion d'une assemblée générale qui aurait négligé de délibérer sur la ratification de leur nomination. Le Conseil d'administration ne peut en effet se compléter que jusqu'à la réunion de la plus prochaine assemblée. Par suite la nullité d'un acte passé avec

le concours de personnes irrégulièrement investies des pouvoirs d'administrateur pourrait s'apprécier au moment même où il serait accompli.

Envisageons une question différente. Nous avons raisonné plus haut dans l'hypothèse où les statuts auraient déterminé un nombre minimum d'administrateurs nécessaire pour prendre une décision. Que décider si le pacte social n'avait rien prévu à ce sujet ? MM. Vavasseur et Houpin présentent deux solutions différentes.

« Le Conseil d'administration, dit le premier (1), délibère à la majorité des voix comme le conseil de surveillance dans les sociétés en commandite. La majorité se calcule sur le nombre de membres présents, et la décision serait valable quel que fût ce nombre : car il est de principe, en matière de société, que les associés, et à plus forte raison ceux d'entre eux qui ont été désignés pour administrer, sont censés s'être donné respectivement pouvoir à cet effet. »

M. Houpin soutient, en ces termes, un avis diamétralement opposé (2) : « ... Nous estimons que, dans le silence des statuts, les délibérations doivent être prises avec le concours des membres composant le Conseil d'administration et à la majorité des voix. On pourrait même considérer que, dès qu'il y a plusieurs

1. *Op. cit.*, 5^e éd. n° 815.

2. *Op. cit.*, édition 1909, n° 812.

administrateurs, ils doivent agir ensemble pour la société, sauf convention contraire. »

Ces deux opinions laissent prise, nous semble-t-il, l'une et l'autre à la critique. Il est bien difficile de dire, avec M. Vavasseur, que les administrateurs délibèrent valablement quel que soit leur nombre, parce qu'ils sont censés s'être donné mandat réciproquement. Nous avons déjà vu, en effet, à plusieurs reprises, que l'exercice de la fonction d'administrateur est personnel. L'avis unanime de la doctrine est qu'ils ne peuvent se faire remplacer aux délibérations du conseil ; n'est-il pas contradictoire de dire qu'ils peuvent donner mandat tacite aux autres administrateurs pour les représenter à ces délibérations ?

Il n'est guère possible également d'estimer avec M. Houpin, que tous les administrateurs doivent être présents au conseil et que les décisions doivent être prises à l'unanimité. Ce serait l'impuissance, caractérisée en matière politique par l'exemple de la Diète polonaise. Ce ne serait pas non plus conforme à la loi et à la coutume. Ce ne serait pas conforme à la loi qui n'a pas indiqué dans quelles conditions les administrateurs pourraient exercer leurs pouvoirs et qui les autoriserait plutôt à agir séparément. La coutume n'autorise pas non plus à admettre cette solution, car elle a seulement introduit la règle que les administrateurs doivent être réunis en conseil pour prendre des décisions valables. Il ne résulte pas de là que

ces décisions doivent être prises à l'unanimité des membres composant le conseil. N'est-il pas plus logique, au contraire, de penser que la coutume admet le vote à la majorité ? C'est une règle légale générale en matière politique pour les assemblées parlementaires, et même, en matière commerciale, pour les assemblées générales annuelles.

Nous ne pensons pas également que les Conseils d'administration doivent être composés de tous les administrateurs pour délibérer valablement. Sans estimer, comme M. Vavasseur, que ceux-ci se donnent réciproquement mandat tacite pour délibérer au conseil, il ne faut pas perdre de vue, comme le faisait remarquer l'auteur de la citation faite plus haut (1), qu'il n'y a pas seulement la décision du conseil, mais ce qui la précède et la prépare. Un administrateur non présent au conseil n'en a pas moins, le plus souvent, examiné les questions à l'ordre du jour. Cet examen fait, il a pu ne pas aller à la réunion parce qu'il n'avait pas d'opinion arrêtée sur les décisions à prendre. Il a peut-être, il est vrai, été absent pour une autre raison, mais il est probable alors qu'il aurait, en s'excusant, fait part de son opinion au conseil, et, au besoin, demandé l'ajournement de la discussion sur le point particulier pour lequel il jugeait son avis nécessaire.

1. Voir *supra*, p. 103.

Dans ces conditions on est en droit de croire que la discussion au sein du conseil n'aurait pas été sensiblement modifiée par la présence de l'administrateur absent. Il n'en est pas de même du vote, car notre administrateur, que nous supposons sans opinion préalable fixe, aurait pu suivre l'avis de la minorité. Nous estimons donc qu'un vote n'est acquis, si certains administrateurs n'y prennent pas part, qu'au cas où il n'aurait pu être modifié par l'opinion contraire des absents. Ce vote devrait, par suite, avoir réuni la majorité des suffrages de tous les administrateurs en exercice. Mais c'est là une simple opinion, et les tiers, dans la crainte de voir invoquer la nullité de la délibération, seraient peut-être amenés dans la pratique à suivre la règle la plus restrictive.

Nous avons enfin à étudier dans quelles conditions les mandataires des administrateurs peuvent exercer leur mandat. Pour combien de temps la procuration est-elle valable? Doit-elle être renouvelée dès que prennent fin les fonctions d'un des membres du conseil qui l'a conférée? Quelle solution pleine de dangers pour les tiers, de difficultés pour la société si elle était adoptée! Avec la coutume qui s'est introduite de renouveler partiellement le conseil chaque année, il deviendrait nécessaire de conférer chaque année un nouveau mandat au directeur ou à l'administrateur délégué. Quel directeur accepterait une situation aussi instable? Les co-contractants, d'autre part, ne seraient

jamais assurés de traiter valablement, puisqu'ils ne pourraient avoir la certitude qu'il ne se serait pas produit des changements dans le Conseil d'administration depuis la dernière délégation conférée. Comment pourraient-ils demander la preuve d'un fait négatif?

En présence de ces difficultés une théorie ingénieuse s'est formée. Les directeurs ou administrateurs délégués ne sont pas considérés comme les mandataires des administrateurs, mais comme les représentants directs de la société considérée comme être moral. Ils agissent au nom et pour le compte de la société et sont indépendants des changements qui peuvent se produire dans la composition du Conseil d'administration. Leur mandat se continue donc jusqu'à la dissolution même de la société qui entraîne la fin du mandat au même titre que la mort naturelle du mandant.

M. Houpin (1) n'établit pas de distinction entre le directeur et l'administrateur délégué. On peut se demander pourtant si la délégation du Conseil d'administration n'aurait pas besoin d'être conférée à nouveau lors du renouvellement du mandat même d'administrateur.

Sur quoi reposerait une pareille opinion, pourrait-on dire, puisque la loi autorise les administrateurs

1. *Op. cit.*, n. 834 (éd. 1909).

à désigner des mandataires étrangers à la société, dont les pouvoirs, d'après la thèse soutenue plus haut, ont une durée aussi étendue que celle de la société elle-même ?

Cet argument ne nous semble pas péremptoire. La loi de 1867, en effet, ne permet aux administrateurs de se substituer des personnes étrangères à la société que si les statuts les y autorisent.

Aussi faut-il, à notre avis, établir une distinction.

Toutes les fois que l'on pourra considérer la fonction d'administrateur comme indépendante de la procuration conférée, celle-ci restera valable pendant toute la durée de la société.

Il n'en serait pas de même dans le cas contraire, par exemple si les statuts prévoyaient expressément la fonction d'administrateur délégué sans spécifier que les mêmes pouvoirs pourraient être conférés même à une personne étrangère à la société.

Mais, dira-t-on, le renouvellement du mandat d'administrateur ne suffirait-il pas à faire considérer la procuration spéciale comme continuée tacitement ? Non pas, car il y a là deux choses tout à fait distinctes : il y a, d'une part, une nomination à une fonction faite par les actionnaires, et, d'autre part, un pouvoir spécial conféré par le Conseil d'administration. Ce pouvoir, subordonné à la fonction, ne peut durer plus que celle-ci, et comme ce n'est pas la même autorité qui nomme à la fonction et qui confère

le pouvoir, celui-ci ne peut être renouvelé en même temps que celle-là. La nomination nouvelle de l'assemblée serait d'autant plus impuissante à faire supposer un renouvellement de pouvoirs de la part du Conseil que celui-ci ne sera plus composé, vraisemblablement, de la même façon que quand il a autrefois donné procuration.

M. Houpin (1) estime, d'autre part, qu'un directeur dont les pouvoirs déterminés par les statuts, comprendraient l'ensemble des actes de gestion, devrait être considéré comme un administrateur véritable, et ne pourrait recevoir qu'un mandat temporaire, c'est-à-dire au plus égal à la durée maxima des fonctions d'administrateur. Cette solution semble conforme au vœu du législateur, mais elle est bien peu suivie dans la pratique.

Que décider pour la durée des pouvoirs du mandataire du directeur ou de l'administrateur délégué ?

Il a été jugé que si les statuts autorisent un directeur à se substituer un mandataire, celui-ci ne pourra agir que dans les limites des propres pouvoirs du directeur (2). Faut-il en déduire que les pouvoirs de ce mandataire n'auront pas plus de durée que ceux du directeur ? Celà paraît vraisemblable et il faut le déplorer.

1. *Op. cit.*, n° 836.

2. Paris, 27 juillet 1888. (*R. S.* 1888, p. 472).

Quelle incertitude en effet pour les tiers ! Comment auront-ils jamais la preuve que le mandant de la personne avec laquelle ils veulent traiter n'est ni mort, ni démissionnaire, et que ses pouvoirs n'ont pas été révoqués ? Il y a là une série de preuves négatives impossibles à obtenir.

Cette situation du tiers est beaucoup plus digne d'intérêt que celle de la Société qui se plaindrait d'être engagée par les actes d'un délégué parti avec un pouvoir en poche, car celle-ci ne ferait que supporter la peine de son imprévoyance. Il lui suffisait, en effet, de consentir des procurations seulement pour des objets spéciaux ou de ne conférer des mandats conçus en termes généraux que pour un temps déterminé.

Dans ces conditions, ne serait-il pas possible d'admettre que, comme son mandant direct, le subdélégué est également un mandataire de la Société, personne morale ? Cela ne devrait souffrir, semble-t-il, aucune difficulté si le directeur ou l'administrateur délégué avaient un pouvoir explicite de substituer. Dans le cas contraire cette théorie serait très difficilement soutenable car les mandataires directs de la Société sont désignés *intuitu personæ*. Ils ne peuvent donc constituer les subdélégués que pour des objets particuliers, et seulement pour la durée de leur mandat dont ces subdélégations ne constituent que l'exercice.

Cette solution paraît s'imposer et l'on doit vivement le regretter et déplorer que la législation n'assure pas plus complètement la sécurité des transactions avec les Sociétés anonymes qui constituent un des organes les plus importants de la vie économique moderne.

III. — Pièces justificatives de la régularité des conventions passées avec la Société anonyme.

De tout ce que nous avons vu jusqu'alors il se dégage un fait, c'est que les rapports avec la Société anonyme paraissent bien délicats. Y a-t-il eu excès de pouvoir ou irrégularité quelconque ? C'est la nullité de l'acte, toujours la nullité, et que de cas de nullité !

Il sera donc bien difficile, sinon impossible, d'acquiescer la certitude que les conventions passées avec la Société sont inattaquables.

Essayons toutefois de déterminer s'il n'existe pas un certain nombre de pièces qui, sans couvrir absolument le tiers ou le co-contractant, lui donneront néanmoins la quasi certitude que les paiements effectués ne seront pas critiqués et que les contrats passés seront exécutés.

Les pièces justificatives nécessaires peuvent se diviser en trois catégories :

1° Pièces établissant l'existence même de la Société, la consistance du pacte social et ses modifications ultérieures ;

2° Justification des pouvoirs des administrateurs ;

3° Procurations émanant du Conseil d'administration ou de ses délégués.

A. — Justification du contrat de Société.

La justification du contrat de société résulte de la communication des actes constitutifs de la Société ainsi que des actes modifiant les statuts primitifs. Toutefois les actes eux-mêmes ne sont généralement pas fournis. Les administrateurs établissent d'ordinaire des copies imprimées de ces actes contenant en outre mention que les formalités requises pour la constitution valable de la Société ont été observées. Faisons remarquer à cet égard, qu'il est inutile d'établir si la Société a bien été publiée dans les formes légales, la Société ne pouvant invoquer à l'encontre des tiers ce défaut de publication (1).

Les tiers peuvent, semble-t-il, se contenter de pareilles pièces, car, mêmes inexactes, elles seraient de nature à démontrer leur bonne foi et à engager la Société. Il y aurait dol de la part des représentants de la Société à fournir sciemment des renseignements faux, et la

1. Code de Com., art. 42, Loi du 24 juil. 1867, art. 56.

Société devrait être rendue responsable des fautes de ses préposés.

Il est toutefois un procédé plus commode et plus sûr de justifier de l'existence et des transformations de la Société : c'est de fournir les numéros des journaux d'annonces légales contenant publication des statuts et des actes les modifiant.

Ces numéros ne contiendront, le plus souvent, que des extraits des statuts ou des actes publiés. Mais cette circonstance est sans intérêt, car si, d'une part les statuts publiés font la loi, même à l'égard des tiers, la Société serait d'autre part, sans droit pour invoquer la nullité d'un acte contraire à un article de ses statuts qui aurait été omis dans la publication.

Cette doctrine a été consacrée par de nombreuses décisions de justice.

Citons seulement deux exemples pour mieux faire saisir ce que nous venons d'énoncer de façon un peu abstraite.

Dans une première espèce des billets avaient été signés par un seul administrateur alors qu'aux termes des statuts, régulièrement publiés, deux signatures étaient nécessaires pour engager la Société.

Il a été jugé par le Tribunal de commerce de la Seine que de tels billets n'étaient pas opposables à la Société (1).

1. Jugement du 26 mai 1883, *Journ. Trib. Com.*, 1883, p. 517. Il résulte toutefois d'un autre jugement du même tribunal du 24 décem-

Dans une seconde espèce l'annulation d'un traité était demandée parce qu'il portait seulement la signature du directeur désigné par le Conseil d'administration, tandis que les statuts exigeaient en outre la signature d'un administrateur.

La Société demanderesse a été déboutée parce que l'article des statuts visé n'avait pas été publié (1).

La règle suivant laquelle un texte est opposable aux tiers dès qu'il a été publié peut rendre leur situation très difficile.

Voici une personne qui contracte avec la Société. On lui présente les statuts, d'autres pièces justificatives encore ; il en résulte, par exemple, qu'un seul administrateur a qualité pour signer l'acte à établir.

Sur la foi de ces justifications le tiers contracte. Il remplit ses engagements et demande ensuite à la Société de remplir les siens. « Pas du tout, répond celle-ci, car je ne suis pas engagée. » — « Vous plaisantez, j'ai eu en mains les pièces justificatives et il en résulte qu'un contrat signé, comme le mien, par un

bre 1892 (*Journ. Trib. Com.*, 1894, p. 115) que la Société aurait été néanmoins engagée s'il avait été constant qu'en fait la Société avait toujours satisfait aux obligations contractées en son nom par un seul administrateur-délégué, alors que la signature de deux administrateurs était nécessaire d'après les statuts sociaux.

Cette décision pourtant paraît isolée, l'acte établi dans les conditions ci-dessus visées étant presque toujours déclaré nul. (Voir notamment Trib. de Com. de la Seine, 13 juillet 1885. *Rev. des Soc.* 1885 p. 629) et 25 nov. 1889 (*Rev. des Soc.* 1890 p. 49).

1. Paris, 5 juillet 1877. — D. 77-2-168.

de vos administrateurs, vous est opposable.» — « Erreur ! Il en était ainsi autrefois, peut-être, mais mes statuts ont été modifiés sur ce point, l'acte rectificatif a été régulièrement publié, et vous ne deviez pas ignorer que les actes passés en mon nom doivent être signés par deux administrateurs. »

« Vous ne devriez pas ignorer ! » — La belle phrase prononcée par le législateur et répétée, forcément, par la jurisprudence ! Comment est-il possible à une personne de savoir si un acte intéressant une société a été publié dans un quelconque journal d'annonces légales ?

Là encore, donc, la situation du tiers ne sera pas sans danger, quoi qu'il fasse. Il devra encore se fier, dans une certaine mesure, à la bonne foi des représentants de la Société.

B. — *Justification des pouvoirs des administrateurs.*

Que le traité soit passé directement avec le Conseil d'administration ou par l'intermédiaire d'un délégué, le co-contractant aura néanmoins à s'assurer des pouvoirs des administrateurs.

Dans le premier cas, c'est l'évidence même ; dans le second, il devra s'en préoccuper pour savoir si la procuration a été donnée par des personnes qualifiées à cet effet.

La justification de la nomination des administra-

teurs s'établit en moyen d'extraits des procès-verbaux des délibérations des assemblées générales.

Ces délibérations doivent en effet être constatées dans les procès-verbaux signés par le président et le secrétaire du bureau. Le défaut de ces signatures entraînerait-il la nullité des délibérations ? Non, a-t-il été répondu par la jurisprudence à plusieurs reprises (1).

Les statuts indiquent d'ordinaire l'autorité qualifiée pour délivrer des extraits de ces procès-verbaux : ils

1. Cass. 20 déc. 1832; S. 83.1.198. Cass. janv. 1878; D. P. 78.1.238. Il existe pourtant un arrêt en sens contraire de la Cour de Lyon, dont voici les principaux attendus :

« Attendu qu'aux termes de l'article 69 des statuts, toutes les délibérations prises en assemblée générale doivent être écrites sur un registre spécial et signées par le président et le secrétaire ;

« Attendu qu'aujourd'hui encore la délibération du 14 juin n'est revêtue d'aucune signature ;

« Attendu que sans s'arrêter à de telles irrégularités, sans même s'attacher à l'article 69 des statuts, on doit dire, à raison du défaut de signature, non pas seulement que la délibération du 14 juin est nulle, mais qu'elle n'existe pas ; car tout acte dont la minute n'est pas signée n'a aucune existence légale : ainsi d'une minute de notaire non signée ; ainsi d'un jugement, d'une loi même dont il n'existerait pas de minute signée ; que les déclarations postérieures de ceux qui auraient dû signer ne peuvent effacer un vice aussi radical ; — qu'en effet la mémoire peut faillir sur des détails importants de rédaction : et que d'autre part, il ne peut dépendre de celui qui a manqué à son devoir, en ne signant pas, de faire vivre un acte ou de le laisser dans le néant ; (Lyon, 26 nov. 1863, D. P. 64.2.234)

sont généralement certifiés conformes par le président du Conseil d'administration.

En possession de ces pièces, il est possible de se rendre compte si les pouvoirs des administrateurs présents au Conseil étaient encore valables à l'époque où la délibération visée a été prise et si celle-ci présentait toutes les autres conditions de régularité nécessaires.

Là encore pourtant, la certitude ne pourra être absolue, car les administrateurs étant, comme nous l'avons vu, révocables *ad nutum*, une mesure semblable pourra avoir été prise contre certains administrateurs sans qu'aucun indice ne vienne le révéler aux tiers.

Le tiers devra-t-il s'assurer de plus que les administrateurs ont bien été choisis parmi les actionnaires ?

Nous avons vu, en effet (1), que les actes accomplis par des administrateurs étrangers à la Société sont annulables.

Cette justification ne semble pas devoir être produite pour deux raisons.

On ne voit pas très bien tout d'abord comment faire cette preuve ? Il faudrait se contenter d'une déclaration des représentants de la Société, c'est-à-dire des administrateurs. Un acte semblable, émanant

1. *Supra*, p. 93.

des intéressés eux-mêmes, n'aurait pas grande force probante.

En second lieu, comme nous l'avons vu également (1), il suffit que les administrateurs soient actionnaires lors de l'entrée en fonction. Or la loi de 1867 prescrit que les administrateurs devront déposer dans les caisses de la Société un certain nombre d'actions nominatives en garantie de leur gestion. Le nombre de ces actions devra être déterminé par les statuts sociaux.

Par suite, si la loi est observée sur ce dernier point, ce dont il est facile de s'assurer en examinant les statuts, les tiers sont fondés à croire que les administrateurs étaient actionnaires au moment de leur entrée en fonctions.

Au cas où il en serait autrement la Société devrait supporter la responsabilité d'une infraction à ses propres statuts imputable à ses préposés.

Est-il nécessaire, en outre, de remonter jusqu'aux délibérations de l'assemblée générale et de s'assurer qu'aucun cas de nullité ne les atteint ?

Cette précaution semble superflue car si les décisions de l'une quelconque de ces assemblées n'étaient pas valables, il n'en résulterait, par suite de la règle généralement adoptée du renouvellement par roulement des administrateurs, que la nullité de la nomi-

1. *Supra*, p. 94.

nation de l'un ou d'un petit nombre de ceux-ci. Il faut également considérer la difficulté qu'il y aurait à obtenir de semblables justifications. En matière commerciale les affaires se suivent nombreuses, rapides, et elles ne sont déjà que trop entravées par la production des justifications dont nous essayons d'établir le minimum indispensable.

C. — *Procurations émanant
du Conseil d'administration ou de ses délégués.*

Nous supposons que le directeur ou l'administrateur délégué a reçu procuration du Conseil d'administration. Cette procuration résulte d'une délibération. Or les délibérations du Conseil d'administration sont constatées, comme celles des assemblées générales, par des procès-verbaux.

Il résulte généralement des statuts que ces procès-verbaux doivent être signés par le Président du Conseil d'administration. Que décider si le pacte social ne contenait aucune indication à cet égard ? Il semble bien que la seule signature du président du Conseil devrait suffire, car il s'agit là d'un attribut de la présidence.

Les extraits de ces procès-verbaux doivent également être signés suivant les indications contenues dans le pacte social, à défaut par le président du Conseil d'administration.

Si nous nous en référons aux renseignements fournis au chapitre précédent sur la validité des délibérations du Conseil d'administration, nous en déduisons que les extraits doivent comprendre, avec la date des délibérations, les noms des administrateurs présents et la mention que les absents ont été régulièrement convoqués. Il est nécessaire également de donner l'indication du vote qui a approuvé la proposition.

Le mandat lui-même doit formuler de façon précise l'objet pour lequel il est donné, et il serait utile qu'il contint expressément la faculté de substitution, si le mandataire désirait subdéléguer ses pouvoirs.

Toutes les pièces justificatives indiquées ci-dessus sont établies en général en la forme sous seings privés. Des actes authentiques seraient-ils nécessaires, dans certains cas ? La jurisprudence l'admettait en matière d'hypothèque jusqu'au vote de la loi de 1893 qui ajouta l'article 69 à la loi de 1867. En vertu de cette disposition les gérants ou administrateurs de sociétés commerciales peuvent valablement hypothéquer les immeubles sociaux en vertu des pouvoirs à eux donnés par actes sous seings privés.

Le système de la jurisprudence était du reste très vivement combattu. De nombreux auteurs (1) raison-

1. V. notamment Rataud (*Rev. Crit.* 1882, t. II, p. 209). Labbé, note sous Cass., 23 déc. 1885 (S. 86.1.145) ; Fuzier-Herman. *Repert. alph.*, v^o *Soc. com.*, n^o 4183.

naient ainsi : Les Sociétés sont des personnes morales ayant une vie particulière qui se manifeste par certains organes dans lesquels elles se concentrent nécessairement. Les actes faits par ces instruments doivent être considérés comme effectués non par des personnes déterminées, mais par l'être moral lui-même. Il en est ainsi des actes du Conseil d'administration auquel, par suite, un mandat authentique ne saurait conférer aucune qualité nouvelle.

Le législateur, en établissant la disposition visée plus haut, qui constitue une dérogation à la règle générale en faveur des sociétés commerciales, paraît avoir admis cette théorie.

Il en résulterait donc, à notre avis, que, pour tous les autres actes pour lesquels la forme authentique est exigée, la même règle que pour la constitution d'hypothèque devrait être suivie.

Par exemple, en vertu de l'article 1690 du Code civil, un transport, s'il n'est pas signifié au débiteur cédé, doit être accepté par lui par acte authentique. Si la Société débitrice constituait un mandataire à l'effet d'accepter ce transport, la procuration pourrait être sous seings privés.

La Cour de Douai (1) a jugé, il est vrai, que le mandat donné pour effectuer la déclaration de souscription du capital d'une société anonyme devait être

1. 15 juillet 1910. *Rev. des Soc.* février 1911, p. 60.

établi sous la forme authentique comme cette déclaration elle-même, mais cette décision n'infirme en rien notre manière de voir. Il ne s'agit pas là, en effet, d'un acte constituant une manifestation de la vie active de la Société personne morale, mais d'un acte constitutif de la Société qui n'existe pas encore.

Après avoir examiné l'étendue des pouvoirs du Conseil d'administration, nous venons de le voir exerçant ces pouvoirs. Quel sentiment se dégage-t-il de cette étude ? Sans aucun doute une idée nette que notre législation est bien défectueuse.

Quelle complication dans les questions de pouvoirs !

Et surtout, quelles difficultés pour les tiers d'avoir la certitude que la Société est bien engagée par les contrats passés avec ses représentants !

Les pièces mêmes que nous avons indiquées comme minimum indispensable sont assez difficiles à réunir et si la Société était forcée de les produire pour chaque affaire de quelque importance la bonne marche des services sociaux serait grandement entravée.

Aussi, dans la pratique, en dehors des marchés passés par adjudications publiques, des paiements faits aux sociétés par les administrations de l'Etat, les notaires, les séquestres, la presque totalité des opérations traitées avec la Société est basée sur la bonne foi.

Dans la quasi unanimité des cas, il est vrai, la

Société respecte ses engagements. Elle y est poussée d'abord par l'honorabilité de ses membres et aussi par la nécessité de maintenir son crédit.

Mais supposons que l'opération devienne très désavantageuse, que la Société ait un intérêt considérable à ne pas s'exécuter, par exemple pour éviter la faillite. Qu'arrivera-t-il en ce cas ? Poussés eux aussi par leur intérêt qui est de rester en fonctions et d'éviter une responsabilité possible, les administrateurs chercheront à trouver une cause de nullité, et ils auront tôt fait d'en découvrir !

Autre hypothèse : La Société est liquidée amiablement ou tombe en faillite. Les opérations en cours seront alors examinées scrupuleusement au point de vue de leur régularité par des personnes qui, n'ayant pas participé à la formation des contrats, n'auront pas le souci de remplir des engagements pris de bonne foi.

Dans notre système légal actuel, les co-contractants, les tiers courent donc un véritable danger en traitant avec une société anonyme.

C'est là un fait déplorable et il convient de rechercher s'il ne serait pas possible d'y remédier.

Les Sociétés anonymes tiennent une trop grande place dans la vie économique moderne pour que leur fonctionnement demeure si défectueux. L'expérience acquise, l'examen des législations étrangères

nouvelles doivent faciliter la refonte de notre anti-que loi de 1867.

Examinons donc certaines législations récentes et originales, voyons les indications fournies par les auteurs des propositions les plus intéressantes.

Nous n'aurons plus ensuite qu'à utiliser ces données pour tirer la conclusion de notre travail.

QUATRIÈME PARTIE

LÉGISLATION COMPARÉE. MODIFICATIONS PROPOSÉES A LA LOI FRANÇAISE

Nous ne nous proposons pas de faire une étude plus ou moins approfondie des diverses législations étrangères.

Notre but est seulement de rechercher si nous ne trouverons pas au dehors d'utiles enseignements pour modifier notre loi nationale.

C'est pourquoi nous n'examinerons, avec des développements inégaux, que les points les plus intéressants de trois législations originales : les lois anglaise, italienne et allemande. Le Code allemand retiendra surtout notre attention car, plus que toute autre législation, il s'efforce de rendre plus faciles et plus sûrs pour les tiers, leurs rapports avec les Sociétés anonymes.

En ce qui concerne les modifications proposées à la loi française, les travaux législatifs sont impor-

tants (1). Les ouvrages sont également nombreux (2) ; mais le but généralement poursuivi par leurs auteurs est d'envisager les moyens de garantir la petite épargne contre les écumeurs de la finance qui escroquent le public en créant des sociétés non viables. C'est pourquoi, notre point de vue étant différent, nous aurons peu d'enseignements à tirer de ces travaux, si ce n'est peut-être pour les nouvelles mesures de publicité proposées.

ANGLETERRE

L'organe correspondant à la Société anonyme française est la « Joint Stock Company ». Les principales lois qui établissent son organisation sont les suivantes : 7 août 1862. 20 août 1867. 15 août 1879, 18 août 1890 et 8 août 1908.

L'administration des joint stock companies est confiée à des Directors.

1. Projet de loi adopté par le Sénat les 31 oct. et 29 nov. 1884. (Vavasseur, *op. cit.*, 5^e éd., t. II, p. 429) ; Projet de 1903, 3 avril 1903. Chambre ; *Doc. Parl.* S. O. 1903, n^o 879, p. 436. Rapport repris le 27 novembre 1906, S. E. 1906 ann., n^o 477 p. 163).

2. Citons notamment : Thaller, *De la réforme de la loi sur les Sociétés par actions* ; et deux livres très récents : Maurice Colin, *Des mesures à prendre pour défendre l'épargne dans les Sociétés par actions*. Paris 1911. René Nouel, *Les Sociétés par actions. La Réforme*. Paris 1911.

Leur nomination est assurée en premier lieu par les fondateurs, puis par l'assemblée générale.

Le Conseil des Directors est renouvelé tous les ans par tiers.

Les Directors représentent la Société vis-à-vis des tiers. Ils ont des pouvoirs très étendus, mais ne peuvent agir séparément. La loi leur donne seulement la faculté de donner mandat à l'un d'eux si les statuts l'autorisent.

Dans la pratique les Directors s'occupent beaucoup plus de la gestion effective de la Société que les administrateurs en France. Alors que ceux-ci se bornent, en général, à contrôler, de façon plus ou moins effective, les actes du directeur et à lui conférer des pouvoirs supplémentaires pour accomplir certains actes importants, les Directors anglais donnent leur impulsion propre aux affaires sociales.

Ils sont assistés, il est vrai, le plus souvent, dans leur œuvre de gestion, de deux agents : le secretary et le manager, mais ceux-ci restent leurs subordonnés et exécutent leurs décisions. Le secretary dirige l'administration intérieure, le manager traite les affaires sociales et fait le commerce.

C'est là le trait le plus intéressant, au point de vue auquel nous nous plaçons, du régime des Sociétés anonymes en Angleterre. On voit sa supériorité sur l'organisation française dans laquelle la gestion est assurée effectivement par le directeur non prévu par

la loi, du moins pour une semblable fonction, et le contrôle est réalisé non par les commissaires de surveillance, créés dans ce but, mais par les administrateurs qui remplissent d'ailleurs ce rôle, qui ne leur avait pas été réservé, de façon très défectueuse (1).

ITALIE (2)

Les Sociétés anonymes italiennes sont régies par les articles 75 à 249 du Code de commerce du 1^{er} janvier 1883.

Ces textes assurent de façon beaucoup plus efficace qu'en France la sécurité des tiers par les dispositions concernant la publicité, par les règles plus précises que celles de notre loi sur les pouvoirs des administrateurs et la façon dont ils délibèrent.

L'article 94 du Code crée un *Bulletin officiel* des Sociétés par actions qui assure la publication des statuts et des différents actes modificatifs.

Les actes non publiés conformément à la loi ne sont pas opposables aux tiers (art. 95).

La nomination des administrateurs doit être notifiée au greffe du Tribunal de commerce (art. 138).

1. V. particulièrement pour l'étude de la législation anglaise : Houpin, *op.cit.*, t. II, p. 316 et spécialement au sujet de la loi du 10 août 1900 un article des *Annales de Droit commercial*, 1901, p. 144.

2. V. Vivante, *Traité de Droit commercial*, traduit par Jean Escarra, 1911.

La gestion de la Société est assurée par des administrateurs en nombre indéterminé. Il peut en exister un seul, mais s'il en existe plusieurs, ils ne peuvent prendre que des décisions collectives arrêtées en Conseil d'administration (1).

Le Conseil d'administration ne peut délibérer s'il ne comprend au moins la moitié des administrateurs en exercice. S'il discute des affaires pour lesquelles certains administrateurs auraient un intérêt contraire à ceux de la Société, ceux-ci doivent en prévenir leurs collègues et s'abstenir de délibérer, sous peine d'être condamnés à des dommages-intérêts à l'encontre de la Société.

On voit que, sur ce point, la garantie des actionnaires offre à la fois plus et moins d'étendue que la disposition correspondante de la loi française. La loi italienne englobe en effet toutes les conventions ordinaires et mêmes isolées et non pas seulement les marchés et entreprises.

Mais, la garantie italienne est beaucoup moins bien assurée puisqu'il suffit que l'opération soit acceptée par le Conseil d'administration hors la présence de l'administrateur intéressé, sans qu'il soit besoin de la ratification des actionnaires.

Pour les contrats peu importants cette façon de procéder peut sembler suffisante. Si au contraire

1. Vivante, *op.*, *cit.*, t. II, n° 552.

l'intérêt de l'administrateur est considérable il est à craindre qu'il n'exerce, en dehors du conseil, une pression sur ses collègues.

Le régime italien présente une particularité fort importante pour la garantie des tiers, c'est que les représentants de la Société l'obligent même si la délibération du conseil n'est pas régulière (1).

Les administrateurs sont considérés comme étant les mandataires de la Société. Comme tels, ils ne sont pas obligés personnellement par les actes passés au nom de la Société tant qu'ils restent dans la limite de leurs pouvoirs.

Ces pouvoirs sont déterminés par l'article 89, § 2 et l'article 122 du Code de commerce.

D'après l'article 122 les administrateurs peuvent faire tous les actes mentionnés dans les statuts sociaux ; ils peuvent accomplir toutes opérations sous réserve des restrictions apportées par les statuts. « Cela se déduit aisément, dit M. Vivante (2), des textes du Code, de l'article 89 qui, dans son n° 8, prescrit d'indiquer dans l'acte constitutif les droits et les devoirs des administrateurs et non pas leurs pouvoirs ; et il ne parle pas de ces pouvoirs, parce que ces derniers coïncident avec l'objet de la Société (art. 89, n° 2). »

Les tiers peuvent donc contracter sans crainte

1. Vivante, *op. cit.*, n° 562.

2. Vivante, *op. cit.*, n° 567.

avec la Société. Il leur suffit de s'assurer de l'existence même de celle-ci et de son but, et cette formalité est rendue facile grâce à l'existence du *Bulletin officiel* des Sociétés par actions.

La loi italienne est donc à cet égard très supérieure à la loi française.

L'administration effective des Sociétés est-elle pratiquement mieux assurée qu'en France ? Il n'en est rien, si l'on en croit M. Vivante, dont les critiques sur le choix et la façon de procéder des administrateurs pourraient s'appliquer aussi bien aux errements suivis en la même matière dans notre pays.

« Dans la plupart des cas, dit cet auteur (1), les membres du Conseil sont très nombreux : beaucoup en font partie pour spéculer en bourse sur la hausse et la baisse des actions, pour profiter des opérations sociales dans l'intérêt de leurs propres affaires ; d'autres poussés par la vanité de figurer à côté de banquiers et d'hommes politiques influents ; d'autres font de la fonction d'administrateur un véritable métier, prenant part aux conseils de plusieurs sociétés où ils cumulent sans fatigue des jetons de présence et de participation aux bénéfices. Parmi ces nombreux administrateurs les statuts organisent parfois un comité restreint, décidant d'une façon plus secrète des affaires courantes, se réunissant fréquem-

1. Vivante, *op. cit.*, n° 553.

ment et portant périodiquement à la connaissance du Conseil tout entier ses décisions au moyen de ses procès-verbaux ; d'autres fois, les statuts délèguent à un administrateur la direction journalière de l'entreprise sociale... »

ALLEMAGNE

Le nouveau Code de commerce allemand, mis en vigueur en 1900, a créé une organisation des Sociétés anonymes fort originale et très intéressante à de nombreux points de vue.

Les traits saillants de cette organisation sont surtout :

1° Une publicité perfectionnée aussi utile pour les capitalistes désirant devenir actionnaires de sociétés que pour les tiers qui contractent avec elles ;

2° Des dispositions spéciales pour la gestion qui permettent d'éviter les inconvénients les plus graves constatés dans le mode d'administration des Sociétés françaises et italiennes ;

3° Une règle suivant laquelle les gérants engagent toujours la Société à l'égard des tiers, même s'ils outrepassent leurs pouvoirs. Il est possible, dans ces conditions, de traiter en toute sécurité avec la Société.

Examinons l'organisation des Sociétés allemandes en développant particulièrement ces trois points.

La publicité organisée par la loi allemande consiste

dans l'inscription d'un extrait de l'acte social sur un registre dénommé registre du commerce (1).

Ce registre est tenu par les greffiers des tribunaux dans le ressort desquels les sociétés ont leur siège social.

L'extrait porté au registre comprend la raison sociale, l'objet de l'entreprise, le capital social, les membres de la Direction et fondés de pouvoirs, et l'indication des règles spéciales à l'exercice des pouvoirs des administrateurs.

En outre toute modification ultérieure dans le comité de Direction, toute délégation de pouvoirs à l'un des directeurs doivent être transcrites au registre du commerce.

Les Sociétés allemandes sont gérées par la *direction* (« Vorstand » ou « Verwaltungsrat » ou « Direktion »). Elle se compose d'une ou de plusieurs personnes qui

1. Il est bien entendu que, dans tout notre travail, nous n'avons nullement l'intention d'analyser de façon complète les mesures de publicité prescrites à l'égard des sociétés. Nous nous bornons à indiquer les justifications qui, dans la pratique, servent aux tiers à s'assurer de la qualité des personnes avec lesquelles ils entrent en relations. En Allemagne en particulier, l'inscription au registre du commerce ne constitue pas la seule mesure de publicité à laquelle seraient soumises les Sociétés commerciales. Les statuts des Sociétés anonymes sont en effet publiés d'abord au *Moniteur de l'Empire* (art. 182 C. com.), puis déposés au tribunal du Siège social et enfin transcrits sur le registre du Commerce du siège social et de chacune des succursales (art. 199 à 201).

peuvent être prises aussi bien parmi des étrangers que parmi les actionnaires.

La loi ne spécifie pas par quel organe de la Société les directeurs doivent être nommés. Dans la pratique les statuts particuliers confient ce soin au Conseil de surveillance (1).

Les pouvoirs des directeurs sont très étendus. Ils ont qualité pour procéder à tous actes de commerce, conclure toutes conventions pour la Société (2). Leurs pouvoirs sont même plus larges que ceux des gérants de nos Sociétés en nom collectif car, à la différence de ceux-ci, ils peuvent notamment conclure un emprunt, intenter une demande en dommages-intérêts contre des fondateurs (3), etc., etc...

L'article 232 du Code de commerce dispose que, quand la direction se compose de plusieurs membres, ceux-ci doivent agir collectivement (4).

« Toutefois les statuts peuvent modifier cette règle ; ils peuvent spécifier, par exemple, que le droit de représentation appartiendra à chaque membre particulier de la direction pris isolément (C. com. nouv.

1. Cosak, *Traité de Droit commercial* traduit par Léon Mis, t. III, p. 155, § 116.

2. C. com. nouv. 239.

3. C. com. nouv. 238.

4. Cosak, *op. cit.*, t. III, p. 159-4. D'après cet auteur, la règle visée ci-dessus résulte de la jurisprudence (Déc. Trib. de com. sup., 16, n° 11 ; 23, n° 25 ; déc. *Reichsger.* VIII, p. 89).

132 alinéa 1), ou bien à chaque groupe de deux membres de la direction, ou bien collectivement à un membre de la direction uni à un fondé de procuration. De même, les statuts peuvent faire dépendre cette extension de pouvoir de représentation d'un ordre du Conseil de surveillance. Naturellement les ordres de ce genre doivent être notifiés au Registre du commerce (C. com. nouv. 234 alinéa 1) (1). »

Les statuts peuvent également établir des restrictions aux pouvoirs des directeurs, mais, solution tout à fait originale du droit allemand, ces limitations n'ont d'effet que dans les rapports des directeurs et de la Société elle-même, sans pouvoir être opposables aux tiers.

Cette règle est contenue dans l'alinéa 2 de l'article 235 du Code de commerce qui est conçu dans les termes formels suivants :

« Les restrictions apportées au pouvoir de représentation sont sans effet à l'égard des tiers. Il en est spécialement ainsi quand les pouvoirs de représenter la Société sont limités à certaines affaires ou à certains genres d'affaires déterminées... »

Par application de ce texte, il a été jugé notamment que les actes accomplis par la direction contre l'ordre de l'assemblée générale ou contre les statuts sont complètement valables à l'égard des tiers, à moins de mau-

1. Cosak, *ibid.*

vaïse foi de leur part. Mais le fait que le tiers savait que la direction outrepassait ses pouvoirs ne suffit pas à établir sa mauvaise foi (1).

Le contrôle de la direction est exercé par le Conseil de surveillance qui est loin de jouer le rôle illusoire des commissaires des comptes de la Société anonyme française.

Les membres, au nombre de trois ou davantage, peuvent être choisis parmi les actionnaires ou des personnes étrangères à la Société. Ils sont nommés pour une durée de cinq ans au plus par l'assemblée générale.

Les commissaires de surveillance peuvent remplacer, momentanément, des directeurs empêchés, mais ne pourraient être nommés directeurs à titre définitif.

Les attributions normales du Conseil de surveillance consistent dans le contrôle de la gestion de la direction, mais les statuts particuliers peuvent les étendre.

C'est ainsi que, comme nous l'avons déjà vu plus haut, c'est le Conseil de surveillance qui nomme les membres de la direction. Il a qualité également, en général, pour les révoquer.

Le Conseil d'administration a même parfois un pouvoir de contrôle préventif, notamment pour auto-

1. Déc. Trib. com. sup., n° 64 ; 6, n° 27 ; déc. *Reichsger*, 9, p. 148, 22, p. 75, 24, p. 83. Cosack, *op. cit.*, t. III, 159-4.

riser la conclusion d'opérations de crédit (1), mais sans être qualifié pour agir lui-même à l'extérieur.

On voit, de suite, tous les avantages de ce système au point de vue de la bonne gestion des Sociétés.

Grâce à la législation que nous venons d'esquisser à grands traits, la direction des Sociétés allemandes est assurée, en général, par un petit nombre de directeurs qui consacrent personnellement toute leur activité à leurs fonctions. Ils ont pour seul but de faire prospérer la Société qu'ils administrent, au lieu de chercher, comme il arrive trop souvent en France, à profiter de leur situation pour faire fructifier leurs affaires personnelles, même à l'encontre des intérêts de la Société.

La façon dont, en Allemagne, sont recrutés les directeurs, a même permis d'éviter cette opposition d'intérêts. Il leur est interdit, en effet, sauf consentement de la Société, d'exploiter un commerce ou de conclure des affaires dans la branche commerciale de la Société, soit pour leur propre compte, soit pour le compte d'autrui.

La surveillance est également autorisée de façon sérieuse par un conseil qui loin d'être sous la dépendance des gérants les domine et peut prendre lui-même des sanctions.

Il y a un abîme entre cet organe composé de gens

1. Cosack, *op. cit.*, t. III, p. 162.

Numer der firma, 2550.

NUMMER der Eintra- gung	Firma und Sitz	Gegenstand des Unternehmens	Grund oder Stamm Capital	Vorstand personlich Haftende Geschäfts- führer Liquidatoren	Prokura	Gesellschafts- vertrag oder Satzung Vertre- tungsbegebnis	Auflösung, Konkurs, Fortsetzung nichtigkeit, erlöschender Firma	Geschäfts- nummer, Tag der Eintra- gung, Unterschrift	BEMERKEN- GEN
1	Bres- lau Gefen- Gesells- chaft mit bes- chränk- ter Haf- tung. Berlin.	Die Verwen- dung von der deutschen conti- nental Gas Ge- sellschaft in Breslau erlang- ten Patente, so- wie der dersel- ben zustehenden Verfahren und Konstruktionen betreffend einen von dem chemi- ker Dr. Julius X... erfundenen Gas Ofen.	30.000 marks	Ingenieur Wilhelm Y zu Breslau.		Gesellschaft mit beschränk- ter Haftung; der Gesells- chaftsvertrag ist vom 21 März 1904 festges- tellt. Die Gesells- chaft wird durch zwei Prokuristen gemeinschaft- lich vertreten.		122 H. R. B. 255 2/2 28 april 1904 (Unterschrift).	

Der vorstehende Auszug stimmt mit dem Registereinhalte überein.
Berlin, den 18. Dezember 1909.

(Unterschrift).

Gerichtsschreiber des Königlichen Amtsgerichts Berlin-Mitte, Abteilung, 122.

Numéro de la raison sociale : 2250.

NUMÉRO de l'en- re- gis- trement	Raison sociale et siège social	Objet de l'entreprise	Capital social	Direction, sociétaires personnelle- ment responsables, administra- teurs, liquidateurs	Procu- rations	Contrat de Société ou Statuts Décisions de l'assemblée	Liquidation, faillite, poursuite, annulation, extinction de la raison sociale	Numéro de l'affaire, jour de l'enregistrement Signature	OBSERVA- TIONS
1	Société des Pô- les de Breslau par la « Société à res- ponsabi- lité limi- tée (1). Berlin.	L'exploitation des brevets ob- tenus à Breslau par la « Société à res- ponsabi- lité limi- tée (1). Berlin.	50,000 marcs	Wilhelm Y, ingénieur à Breslau.		Société à res- ponsabilité li- mitée. Le con- trat de société a été établi le 21 mars 1904. La Société est représentée par deux fon- dés de pouvoir agissant en semble.		122 H. R. B. 255 2/2 28 avril 1904 (Signature).	

L'extrait qui précède est conforme à la teneur du registre.
Berlin, le 15 décembre 1909.

(Signature).

Greffier de la Justice de Paix royale à Berlin-Centre. Section 122.

1. Ce tableau se rapporte à une société à responsabilité limitée; il serait semblable pour une société anonyme.

ayant fait leurs preuves dans la branche commerciale de la Société, choisis à cause de leur compétence particulière, de la surface qu'ils présentent, que l'on charge de contrôler les actes eux-mêmes, et nos commissaires de surveillance, simples subalternes qui doivent se borner à examiner la comptabilité pendant trois mois de l'année !

Voyons maintenant les garanties dont un tiers devra s'entourer pour entrer en relations avec une société allemande.

La seule publicité exigée est l'inscription au registre du commerce. Cette publicité serait illusoire s'il était nécessaire d'aller au greffe prendre connaissance du livre pour s'assurer de l'existence ou de la Société.

Aussi, des extraits de ce registre peuvent être délivrés à tout requérant. Cet extrait est la seule justification que puissent réclamer les personnes qui veulent contracter avec la Société (art. 15, C. com. nouv.). Elle est suffisante, car elle contient toutes les indications utiles aux tiers.

On pourra s'en rendre compte à l'examen du fac-simile ci-contre.

Ainsi, toute personne désirant traiter avec la « Breslauer Ofen Gesellschaft » trouvera toutes les indications et garanties nécessaires au simple examen de la pièce ci-contre.

Tout d'abord la possession de l'extrait du registre

constituera une preuve suffisante que la Société existe légalement tout au moins à l'égard des tiers.

L'objet de la société et l'indication de son capital permettent de se rendre compte de la surface commerciale qu'offre l'entreprise.

Enfin le tiers verra également que la Société sera engagée pour toutes les affaires traitées en son nom par M. Wilhelm X.

Que cette facilité pour traiter est différente des formalités si compliquées rendues indispensables par la législation française¹ (1)

Modifications proposées à la législation française

Pour les raisons exposées au début de ce chapitre nous nous bornerons à indiquer quelques mesures proposées par les auteurs des plus récents ouvrages sur la réforme des Sociétés par actions.

1. L'insertion au registre du Commerce présente encore d'autres avantages que ceux signalés ci-dessus. Il permet aux tiers de se rendre compte de la qualité de commerçant des personnes avec lesquelles ils traitent. Les commerçants ne peuvent se dérober mutuellement leur clientèle à la faveur d'un homonyme de raison sociale (disposit. du C. com. All., § 18, § 30, art. 1 et 2). Enfin, en matière de cession de fonds de commerce, le fonds étant censé toujours appartenir à la personne inscrite au registre, les tiers ne pourront être trompés par une cession occulte (Voir sur toutes ces questions : Thaller, Communication à la Société de législation comparée. Bulletin de la Société, année 1901-1902, p. 92 et suivantes.

Les réformes proposées dans le but de défendre l'épargne coïncident à deux égards avec les modifications à la législation nécessaires pour faciliter les rapports des Sociétés avec les tiers, point de vue que nous envisageons.

Il s'agit : 1° du perfectionnement des mesures de publicité ;

2° D'une meilleure organisation du contrôle des Sociétés.

En ce qui concerne le perfectionnement des mesures de publicité, le projet de 1903 contenait une disposition en vertu de laquelle toute émission d'actions devait être précédée de l'insertion au *Journal officiel* d'une notice indiquant notamment la dénomination de la Société, son objet, sa durée, le montant de son capital (1).

M. Maurice Colin reprend cette idée en la généralisant.

Il réclame l'insertion d'une notice au *Journal officiel* dans tous les cas de constitution de Société. Cette notice plus complète que celle du projet devrait être déposée avec une copie des contrats au greffe du Tribunal de commerce du Siège social. La même

1. Désireux de mettre en garde le public contre la mise en vente des titres de Sociétés françaises et étrangères peu sérieuses, le législateur, s'inspirant des termes du projet de 1903, a prescrit, par la loi du 31 janvier 1907, l'insertion, dans certains cas, au *Journal officiel* d'une notice contenant certains renseignements relatifs aux Sociétés dont les titres sont mis en vente.

formalité devrait être accomplie pour toute augmentation de capital, fusion, transformation de Sociétés.

Cette formalité remplacerait-elle dans la pensée de son auteur les publications actuelles dans les journaux d'annonces légales? On peut en douter, car cette notice, antérieure au dépôt des pièces au greffe, ne pourrait constituer une preuve de l'existence de la Société. Abstraction faite de cette remarque, la solution dont il s'agit, aurait-elle des avantages sur le système actuel? Oui sans doute, puisque les tiers sauraient où trouver les renseignements relatifs à la Société avec laquelle ils désirent entrer en relations. Pourtant les recherches seraient longues et on pourrait facilement laisser échapper une insertion indispensable. Enfin cette règle ne recevrait application que pour l'avenir, de sorte que la difficulté de se renseigner resterait toujours la même pour les Sociétés antérieurement constituées.

Nous préférons pour ces raisons le projet de M. Nouël.

Celui-ci est partisan de la création d'un *Office des Sociétés*. Cet organe serait chargé de centraliser les statuts de toutes les entreprises et recevrait également communication de tous les actes intéressant les Sociétés.

Toute personne pourrait se faire remettre copie de l'ensemble des pièces relatives à une même société moyennant une rémunération peu élevée.

Cette institution permettrait aux tiers d'avoir rapidement tous les renseignements nécessaires.

L'*Office du Commerce* pourrait encore servir, d'après M. Nouel, à un autre objet : il rechercherait les fraudes dans la constitution des Sociétés et en aviserait le Parquet, ce qui permettrait à celui-ci d'intervenir plus fréquemment et avec plus d'efficacité.

Il y a peut-être là une idée intéressante et féconde en heureux résultats, mais nous nous écarterions de notre sujet en en faisant la critique.

Ence qui concerne le contrôle des Sociétés M. Colin propose que les commissaires de surveillance aient non seulement pouvoir d'examiner la comptabilité, mais encore de contrôler même les affaires traitées. De plus, pour les rendre indépendants des administrateurs, il voudrait voir figurer parmi eux un expert nommé par le tribunal.

Il paraît bien difficile d'imposer à un organe libre et indépendant comme la Société anonyme un contrôle extérieur permanent. Les entreprises commerciales les plus honnêtes sont amenées parfois à entreprendre des opérations qu'elles désirent tenir cachées.

Aussi M. Nouel n'est-il pas d'avis d'aller si loin. Il convient bien qu'un expert serait utile, mais il propose de laisser les actionnaires le choisir librement sur une liste présentée par le Président du Tribunal. Cette solution a du moins l'avantage de faire de l'expert dont il s'agit un préposé des actionnaires.

CONCLUSION

Reprenons les critiques formulées au cours de notre travail sur le fonctionnement des Sociétés françaises.

Les pouvoirs du Conseil d'administration ne doivent pas se limiter, vis-à-vis des tiers du moins, aux actes se rapportant à l'objet même de la Société.

Les administrateurs ne sont pas des séquestres ou des tuteurs. Ils n'ont pas seulement à rendre la chose dans l'état où ils l'ont reçue, ils doivent faire fructifier, accroître le capital social. Il leur faut donc faire des opérations fréquentes, variées, avec un grand nombre de personnes.

Certes les administrateurs peuvent bien accomplir tous les actes nécessaires aux besoins du commerce, mais ce n'est pas suffisant car les tiers ne devraient pas avoir à se préoccuper de savoir si les conventions passées avec le conseil ont trait ou non aux affaires sociales.

En un mot, la loi a considéré la Société en elle-même au lieu de la concevoir dans son fonctionnement même.

Le législateur a fait fausse route dans son désir de

garantir les actionnaires contre les actes de leurs mandataires. Il ne fallait pas rendre nuls les actes faits par les administrateurs en dehors de leurs pouvoirs. Ce n'est qu'une garantie illusoire pour les actionnaires qui ne peuvent se prévaloir de cette disposition sous peine de voir disparaître le crédit de la Société, de rendre impossibles par la suite toutes transactions, toutes affaires. Par contre c'est une cause de malaise dans les affaires, car, quoi que l'on dise, il existe une certaine défiance à traiter avec une société anonyme. Certes, personne n'hésite à entrer en relations d'affaires avec une grande banque comme le Crédit Industriel et Commercial ou la Société Générale ; tous les métallurgistes recherchent la clientèle des grandes Compagnies de chemins de fer ; ces Sociétés, ainsi que beaucoup d'autres heureusement, ont conquis la confiance du public par leur scrupuleuse honorabilité, par le souci de respecter les engagements pris, même de façon irrégulière.

Mais cette façade ne doit pas cacher l'état réel de la situation.

Les débuts des Sociétés anonymes sont en général très difficiles. On n'utilise pas comme on le pourrait faire cet organe économique si utile.

Certes si les capitalistes hésitent à accorder leur confiance aux sociétés en formation, particulièrement aux petites sociétés locales, c'est qu'ils ne sont pas assez sauvegardés contre les escroqueries des hommes

d'affaires véreux. Mais il y a une autre cause à leur défiance : c'est que craignant de traiter avec une jeune société anonyme comme clients, fournisseurs ou bailleurs de fonds, ils éprouvent la même répugnance à acquérir une part de propriété dans un semblable établissement. La confiance avec laquelle ils pourraient accomplir ces actes les inviterait à encourager, de leurs capitaux, la formation de sociétés intéressantes.

On admire le merveilleux développement qu'ont pris les sociétés en Allemagne. La facilité des relations du public avec les sociétés allemandes n'en est-elle pas une des causes ?

Il nous apparaît donc indispensable de n'introduire aucune limitation aux pouvoirs des dirigeants des sociétés anonymes, aucune limitation vis-à-vis des tiers s'entend, car à l'égard des actionnaires il en serait autrement. Cette règle s'impose, car ce n'est pas aux tiers mais aux dirigeants seuls, estimons-nous, qu'il convient d'examiner si tel ou tel acte rentre dans leurs pouvoirs.

Les intérêts des actionnaires, pourra-t-on dire, seraient singulièrement exposés ; ainsi donc le capital social serait à l'entière disposition des gérants ? — Oui, mais le contrôle serait renforcé.

Le contrôle actuel des commissaires des comptes est tout à fait illusoire ; inutile de revenir sur ce point.

D'autre part l'organe chargé de la gestion, le Con-

seil d'administration, ne remplit d'ordinaire que très imparfaitement le rôle qui lui est attribué. Nombreuses sont les critiques dont son recrutement, sa façon d'opérer ont été l'objet.

Nous citerons seulement, pour les résumer, le passage suivant de M. Léouzon Le Duc (1) : « Les avantages, par lesquels les Sociétés s'attachent leurs administrateurs, dépendent des bénéfices qu'elles réalisent. Ils sont considérables dans les grandes compagnies, de fondation ancienne, au fonctionnement régulier, où le travail est divisé entre de nombreux agents. Sans risque, avec un minimum d'efforts, les Conseils d'administration encaissent là et jetons de présence et répartitions. Le recrutement en est facile ; il suffit d'ouvrir un annuaire pour voir de quels concours les fonctions qu'on y exerce sont l'objet, quelle élite les tient en apanage. Il en est autrement des entreprises médiocres, récentes, de petit capital ou de destinées incertaines. Vous constaterez que les conseils en sont surtout composés de gens sans expérience ou sans surface ; les uns légers ou audacieux, faciles à entraîner, en quête d'aventures ; les autres tarés, avisés, habiles. Pour un technicien, vous y rencontrerez cent brasseurs d'affaires, pour un capitaliste, la foule des hommes de paille. »

1. *La Réforme de la législation des Sociétés par actions*. Préface de M. Thaller, Paris 1909.

Et pourtant le Conseil d'administration est un organe utile, car pour donner confiance aux actionnaires, pour qu'ils puissent se rendre compte suivant quels principes l'affaire sera gérée, il est nécessaire que la Société s'assure le concours de gens honorables et compétents. Mais pour quelle raison ces personnes sont-elles d'une compétence reconnue ? C'est qu'elles en font la preuve en dehors de la Société. Elles ne peuvent donc pas consacrer tous leurs soins à l'administration de celle-ci, elles s'en désintéressent et la gestion est assurée en réalité par des personnalités de second plan, les directeurs.

Pourquoi donc ne pas considérer la situation telle qu'elle est et ne pas admettre la solution logique ?

Il y a des administrateurs utiles, mais qui ne font pas leur métier d'administrateurs. Retirons-leur la gestion qu'ils ne peuvent assurer et confions-leur seulement le contrôle. Alors leur expérience sera vraiment utile. Organe permanent, ayant la haute main sur les directeurs, ils seront tout à fait capables de s'assurer que leur gestion est satisfaisante.

D'autre part, les directeurs ayant toute la responsabilité de la gestion l'assureront mieux. Nommés par l'assemblée générale, ils auront plus d'autorité, seront plus indépendants du conseil chargé de la surveillance, mais aussi celui-ci n'aura aucun motif de couvrir la conduite d'agents qu'il n'a pas nommés.

Avec cette organisation les tiers n'auront donc

plus à rechercher si un acte rentre ou non dans les pouvoirs des représentants de la Société ; mais ils devront encore s'assurer de l'existence de celle-ci et de la nomination de ses gérants.

Nous avons montré à cet égard combien les justifications, avec le régime actuel, sont difficiles à réunir.

M. Thaller (1) pour remédier à ces inconvénients, propose la création d'un journal d'annonces légales unique pour toute la France. Cette solution présenterait évidemment de grands avantages sur le régime actuel à condition que l'administration de ce journal prenne note de toutes les insertions faites de façon à pouvoir remettre à tout requérant, sans que celui-ci ait à en indiquer le détail, l'ensemble des numéros contenant toutes les publications relatives à une même société.

Il nous semble cependant que ce service serait mieux rendu par un Office semblable à celui proposé par M. Nouel que par un journal, car il serait possible de rendre cet Office responsable des renseignements fournis aux intéressés.

Cependant nos préférences personnelles iraient à un système imité du régime allemand.

Là, il n'est pas besoin de numéros de journaux d'un prix peut-être élevé par suite de leur nombre, sans compter que les exemplaires désirés peuvent

1. *Traité élém. de Droit commercial*, p. 309, n° 565.

être épuisés. Indiquons aussi la difficulté de trouver, parmi les nombreuses publications qui sont remises, le renseignement que l'on vient chercher. Dans le système allemand au contraire quelle simplicité et quelle facilité ! Un simple registre ayant un caractère authentique et sans cesse tenu à jour. A toute réquisition on peut s'en faire délivrer, par un officier public, c'est-à-dire avec toutes les garanties de la plus parfaite authenticité, un extrait sur une simple feuille. Tous les renseignements indispensables, et rien que ceux-là, sont réunis sur cette pièce.

Grâce à ce système et aux autres règles de la loi allemande, on peut traiter, chez nos voisins, avec les Sociétés, sans avoir étudié la législation du pays en cette matière. N'est-ce pas là le plus bel éloge que l'on puisse faire de l'organisation germanique des Sociétés ? Pourquoi hésiter à nous assurer les avantages de ce système qui a fait ses preuves ?

Nous ne suivrions pourtant pas la loi allemande sur un point : nous voulons parler de ses dispositions relatives à l'intérêt que peut avoir un directeur dans un marché passé avec la Société.

Certes un directeur ne peut faire commerce pour son compte sans y avoir été autorisé par le Conseil de surveillance. Mais cette règle ne nous semble pas suffisante. Il serait nécessaire, à notre avis, que les directeurs se fassent autoriser par le Conseil de surveillance chaque fois qu'ils auraient un intérêt distinct

de la Société pour toute opération passée avec elle.

Nous disons, *pour toute opération*, car l'autorisation n'étant plus donnée par l'assemblée générale mais par un Conseil de surveillance permanent (le Conseil d'administration actuel) il n'y aura aucun inconvénient à rétablir l'ancienne disposition de la loi de 1863. Grâce à cette règle plus sévère, la loi en cette matière deviendrait plus efficace.

Telles sont les idées qu'une étude attentive de la question nous a amené à émettre. Nous n'osons croire que les solutions que nous proposons sont les meilleures, car si nous nous rendons compte des défauts du régime actuel, il nous a manqué un guide indispensable pour que nous puissions prétendre avoir solutionné ces graves questions : l'expérience.

Quoi qu'il en soit, on avait, semble-t-il, perdu de vue dans les projets de modification à notre loi, la nécessité d'envisager la Société dans ses fonctions d'organe économique. Toute notre ambition est de penser que notre travail pourra contribuer à attirer l'attention sur ce point.

Vu le Doyen,
CAUWÈS

Vu le Président,
THALLER

Vu et permis d'imprimer
le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
L. LIARD

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.	5

PREMIÈRE PARTIE

Attributions du Conseil d'Administration.	15
CHAPITRE PREMIER. — <i>Actes accomplis par le Conseil d'administration dans ses rapports avec les actionnaires.</i>	16
CHAPITRE II. — <i>De l'étendue du mandat du Conseil d'administration</i>	27
§ 1. — Des actes que le Conseil d'administration peut accomplir de sa propre autorité . . .	27
§ 2. — Actes qui excèdent les pouvoirs du Conseil d'administration	37
§ 3. — De la délégation des pouvoirs des administrateurs	50

DEUXIÈME PARTIE

Restrictions spéciales à l'étendue des pouvoirs des administrateurs édictées par l'article 40 de la loi de 1867.	63
Nature des actes interdits	67

Conditions dans lesquelles l'article 40 s'applique à l'égard des administrateurs. Intérêt direct et indirect	77
Forme de l'autorisation des marchés.	84
Sanction de la règle de l'article 40	86

TROISIÈME PARTIE

Conditions de forme nécessaires pour la validité des actes du Conseil d'administration.	91
I. — Nomination des administrateurs	92
II. — Fonctionnement des organes de la Société anonyme	99
III. — Pièces justificatives de la régularité des conventions passées avec la Société anonyme.	115

QUATRIÈME PARTIE

Législation comparée

Modifications proposées à la loi française	129
Angleterre	130
Italie.	132
Allemagne.	136
Modifications proposées à la législation française	145
Conclusion	149

